



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS)

LEILIANE OLIVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS NO ÂMBITO DE
PROCEDIMENTOS MÉDICOS

Brasília
2014

LEILIANE OLIVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS NO ÂMBITO DE
PROCEDIMENTOS MÉDICOS

Monografia apresentada como trabalho de conclusão de curso para obtenção do grau de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS).

Orientação: prof. João Ferreira Braga

Brasília
2014

LEILIANE OLIVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PRIVADOS NO ÂMBITO DE
PROCEDIMENTOS MÉDICOS

Monografia apresentada como trabalho de conclusão de curso para obtenção do grau de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS).

Orientação: prof. João Ferreira Braga

Brasília, _____, de 2014

Banca Examinadora

Professor João Ferreira Braga
Orientador

Professor João Rezende Almeida Oliveira

Professor Salomão Almeida Barbosa

DEDICATÓRIA

Dedico ao meu Senhor e salvador da minha e vida, à minha amada família, que durante todos esses anos, me incentivaram, tiveram paciência e contribuíram de todas as formas para eu conseguir alcançar os meus objetivos. Aos meus amigos do curso, que me apoiaram e aconselharam durante estes anos de convivência. E a todos os professores, que contribuíram para minha formação...

Leiliane Oliveira

AGRADECIMENTO

Agradeço ao professor e orientador João Braga, por participar da minha vida acadêmica, pelo o apoio, atenção, paciência, dedicação, e pela inestimável orientação. Sem o seu suporte eu não teria conseguido, e esse trabalho não teria o mesmo valor. Deixo aqui registrado o meu eterno agradecimento e carinho.

“O Senhor é a minha rocha; ele é perfeito e justo em tudo que faz. Ele é fiel e correto, e julga com justiça e honestidade.”
(Deuteronômio 32,4)

RESUMO

O presente trabalho analisa a responsabilidade civil dos hospitais privados no âmbito dos procedimentos médicos. No primeiro capítulo, tratou-se da responsabilidade civil em aspectos bem amplo. No segundo capítulo, são analisadas as responsabilidades do médico, como é a relação desse profissional com seu paciente, e qual o entendimento do judiciário quando objetos de ação é a prestação de serviços médico. Assim como está estruturada a relação desse profissional autônomo com as instituições hospitalares. No terceiro capítulo são analisadas as responsabilidades hospitalares e como os tribunais brasileiros, sejam eles ordinários ou de superposição, têm analisado a relação do hospital com seus pacientes. O objetivo desse estudo é demonstrar que em alguns procedimentos médicos realizados nos hospitais privados, cabe a responsabilidade civil objetiva ao hospital, mas em outros não é cabível, sendo necessária a análise do caso concreto, para só depois fazer a aplicação da responsabilidade, seja ela subjetiva ou objetiva. A análise do tema se deu em doutrina, jurisprudência, julgados, Código de Defesa do Consumidor (CDC), Código Civil Brasileiro (CCB), pesquisas dentro de alguns hospitais de Brasília, observância do cenário da medicina no país, e análises de casos de supostos erros médicos corridos no dia a dia e acompanhados pelos os meios de comunicação do país, além dos julgados pelos os tribunais brasileiros. O desejo de estudar esse assunto surgiu depois da análise de algumas sentenças proferidas contra um hospital que trabalho em Brasília, que mesmo assistindo de forma satisfatória os pacientes, tem sido penalizado por algumas decisões desfavoráveis proferidas pelo judiciário brasileiro, onde o entendimento de alguns magistrados é no sentido de que existe vínculo empregatício entre os médicos que atuam nas dependências dos hospitais, quando na verdade, só utilizam o espaço físico destes, para realização de procedimentos cirúrgicos em seus pacientes.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Hospitais Privados. Médicos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação Cível
Art	Artigo
Arts	Artigos
CCB	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEM	Código de Ética Médica
CFM	Conselho Federal Medicina
CF/88	Constituição Federal do Brasil promulgada em 1988
CRM	Conselho Regional de Medicina
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
Min	Ministro
Rel	Relator
REsp	Recurso Especial
§	Parágrafo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	12
1.1 Princípios orientadores.....	13
1.2 Teorias aplicáveis ao instituto: civilistas e publicísticas.....	15
1.2.1 Teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.....	15
1.2.2 Publicísticas	16
1.2.3 Teoria do risco administrativo.....	16
1.2.4 Teoria do risco integral	16
1.3 Formação conceitual e natureza jurídica - análise da evolução do conceito de responsabilidade civil no direito brasileiro:.....	17
1.4 Responsabilidade civil e penal.	18
1.5 Espécies de responsabilidade.....	20
1.5.1 Responsabilidade contratual (negocial)	20
1.5.2 Responsabilidade extracontratual (extranegocial).....	21
1.5.3 Responsabilidade subjetiva.....	22
1.5.4 Responsabilidade objetiva.....	22
1.6 Elementos.	23
1.6.1 Ato ilícito.....	23
1.6.2 Culpa.....	24
1.6.2.1 Culpa de terceiro	25
1.6.2.2 Culpa exclusiva da vítima.....	26
1.6.3 Dano.....	27
1.6.4 Nexo de causalidade.....	27
1.7 Excludentes da responsabilidade	28
2 RESPONSABILIDADE MÉDICA	31
2.1 Atividade médica: Interações com o ordenamento jurídico.	31
2.1.1 Deveres e direitos do médico	32
2.1.2 Deveres e direitos do paciente	33
2.2 Natureza contratual da atividade médica e suas implicações e suas aplicações jurídicas.....	35
2.2.1 Atividade de meio e atividade de resultado. Principais aspectos distintivos.....	36
2.2.2 A responsabilidade civil do médico: tentativas para a formação do conceito, à luz da norma e doutrina civis.	37
2.2.3 A responsabilidade civil do médico e pontos de contrato com o Código de Defesa do Consumidor.....	40
2.3 Da culpa: aspectos principais.....	40
2.3.1 Da imperícia	42
2.3.2 Da negligência.....	43
2.3.3 Da imprudência.	44
2.3.4 Excludentes da responsabilidade médica: fato de terceiro e cláusula de não indenização.....	44
2.4 Do dano.....	47
2.4.1 Configuração.....	48
2.4.2 Moral.	48

2.4.3 Material.....	49
2.4.4 Estético.....	50
2.5 Da relação de causalidade.....	50
2.6 Diretrizes para a fixação do quantum indenizatório e a jurisprudência brasileira.....	52
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS: UM OLHAR CRÍTICO PARA O TRATAMENTO DISPENSADO PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	54
3.1 O problema: a falta de um padrão hermenêutico e a necessidade improrrogável de se fixar pontos interpretativos seguros sobre o tema.....	55
3.2 Responsabilidade civil dos hospitais e posições a respeito: um juízo comparativo entre as opiniões formadas pelos doutrinadores brasileiros.....	56
3.3 O tema em questão e a jurisprudência: linhas decisórias estabelecidas pelas cortes de justiça brasileiras.....	57
3.3.1 Os tribunais ordinários e as principais posições formadas.....	58
3.3.2 A compreensão sedimentada pelas cortes de superposição: os marcos hermenêuticos mais importantes.....	59
3.4 Recortes jurisprudenciais: análise de julgamentos alusivos à responsabilidade civil dos hospitais.....	60
3.4.1 Recurso: Recurso Especial n.866.371-RS (2006/0063448-5), Tribunal: Superior Tribunal de Justiça, Turma: Quarta, Relator: Ministro Raul Araújo, Data do Julgamento: 27/03/2012.....	61
3.4.2 Recurso Cível: Apelação n. 70048073175, Tribunal: Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul, Turma: Nona Câmara Cível, Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, Data do julgamento: 19/04/2012.....	62
3.4.3 Recurso Cível: Recurso Especial, n.908359-SC 2006/0256989-8, Tribunal: Superior Tribunal de Justiça, Turma: Quarta, Relator: Mista Nancy Andrichi, Rel.p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, Data do Julgamento: 27/08/2008.....	63
3.4.4 Recurso Cível: Apelação, n.00169259220078190205 RJ 0016925-92.2007.8.19.0205, Tribunal: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Turma: Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Desembargador Heleno Ribeiro Pereira Nunes, Data do Julgamento: 15/01/2013.....	65
3.4.5 Recurso Cível: Apelação, n.0039751841997850001 BA 0039751-84.1997.8.05.0001, Tribunal: Tribunal e Justiça da Bahia, Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível, Relator: José Olegário Monção Caldas, Data: 22/11/2013.....	67
3.4.6 Recurso Cível: Recurso Especial n. 1.184.128-MS, Tribunal: Superior Tribunal de Justiça, Turma: Terceira, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data: 08/08/2010.....	68
3.4.7 Recurso Cível: REsp n.351.178/SP, Tribunal: Superior Tribunal de Justiça, Turma: Segunda Seção, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data: 28/03/2012, DJe 31/05/2012.....	68
3.5 Críticas aos posicionamentos consolidados pelos tribunais brasileiros: a síntese.....	70
3.6 Expectativas sobre o tratamento dispensado ao instituto da responsabilidade civil das entidades hospitalares: pontos a serem revistos pela doutrina e jurisprudência: considerações.....	71
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto principal o estudo da responsabilidade civil dos hospitais privados no âmbito de procedimentos médicos. O objetivo do trabalho não é afirmar que o hospital não responde objetivamente pelos atos praticados em suas dependências, mas levar aos operadores do direito analisarem o caso concreto antes de aplicar a responsabilidade civil ao hospital. A finalidade desse estudo é demonstrar que, em alguns procedimentos médicos realizados nos hospitais privados, cabe a responsabilidade civil objetiva ao hospital, mas em outros não é cabível, sendo necessária a análise do caso concreto, para só depois fazer à aplicação da responsabilidade, seja ela subjetiva ou objetiva.

A análise do tema se fará em doutrina, jurisprudência, julgados, Código de Defesa do Consumidor (CDC), Código Civil Brasileiro (CCB), pesquisas realizadas dentro de alguns hospitais de Brasília, e análises de casos do dia a dia julgados pelos os tribunais brasileiros.

O hospital responde objetivamente apenas quando o médico mantém uma relação de preposição ou empregatício com o hospital, ou em todos os casos?

Tendo como base a pesquisa realizada em quatro hospitais em Brasília no Distrito Federal, que foram eles: Hospital Brasília, Maternidade Brasília, Hospital Alvorada Brasília e Hospital Alvorada Taguatinga, que durou cinco anos, foi possível perceber que houve uma mudança significativa no mercado empresarial hospitalar, hoje só os médicos que compõem a diretoria dos hospitais mantém vínculo empregatício com a instituição, o restante são pessoas jurídicas que utilizam o espaço físico de vários hospitais para realizar os procedimentos cirúrgicos necessários aos seus pacientes.

A oferta de hospitais é bem grande, e os médicos vão para hospital que oferece a melhor tecnologia e espaço físico.

O principal espaço de atuação dos médicos são os hospitais, assim como de todos os outros profissionais de saúde, quando no atendimento a pacientes

internados ou ambulatoriais, eles disponibilizam equipamentos, e tecnologias de última geração, assim como funcionários especializados em manusear essas máquinas, que por sua vez espera e exige desses profissionais uma atenção e, cuidados de saúde no ambiente hospitalar, mas, ainda sim, esse local é constantemente, cenário de atos causadores de danos a determinados pacientes.

“[...] a responsabilidade do hospital somente se expande quando o dano é proveniente de falha de serviços cuja atribuição é exclusiva do hospital. Quando o dano decorrente de falha técnica é restrita ao profissional médico, principamenete quando o paciente buscou esse médico sem influencia do hospital e, cujo esse profissional não tem nenhum vínculo com a instituição hospitalar, seja de emprego ou de preposição, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar[...].”¹

Essa relação, hospital, médico e paciente, referem-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, ele não pode garantir que o paciente vai sair curado, pois o próprio organismo do paciente pode reagir de maneira contrária ao resultado esperado, mesmo tendo sido um sucesso o procedimento, e utilizadas todas as técnicas avançadas, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional, teoria da responsabilidade subjetiva, ou seja, comprovar a culpa.

“[...] Nas obrigações de resultado a execução considera-se atingida quando o devedor cumpre o objetivo final; nas de meio, a inexecução caracteriza-se pelo desvio de certa conduta ou omissão de certas precauções a que alguém se comprometeu, sem se cogitar do resultado final[...].”²

Partindo desse contexto, entende-se que o regime de responsabilidade é definido pelo o tipo de obrigação assumida. Como o médico é um profissional liberal, caso o paciente se veja diante de uma obrigação de meio, deverá ser aplicada ao médico a responsabilidade subjetiva, e deve-se analisar a obrigação do hospital para saber qual responsabilidade será cabível.

¹ KFOURI Neto, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: Código civil e código de defesa do consumidor*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.85.

² PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p.214

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Exprime concepção de obrigação, dever, contraprestação, responsabilidade, imposição legal, reparação.

Do ponto de vista de Paulo Nader, “a responsabilidade civil, como já assentado, decorre do descumprimento de um dever jurídico básico, definido e imposto em lei ou em convenção.”³ o Entendimento é no sentido de que, sempre que alguém causar dano a outrem, este que causou o dano deve indenizar o que sofreu, essa reparação é em sua maioria em pecúnia. O dano pode ser parcial ou total, podendo afetar à honra, integridade física, ou os bens de um indivíduo.

Para Fábio Ulhoa, “a responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último.”⁴ Daí a possibilidade de se afirmar que toda conduta humana que infringir dever jurídico originário e provocar prejuízo a terceiros é fonte geradora de responsabilidade civil.

Carlos Roberto Gonçalves define responsabilidade civil como um fenômeno social, e aquele que pratica um ato, ou cometer uma omissão, que resulte prejuízo, devem assumir as consequências do seu procedimento.

No âmbito da responsabilidade civil existem várias indagações que devem ser respondidas, antes da aplicação da sanção. Como por exemplo: qual foi o prejuízo experimentado pela vítima, quem causou deve ou não repará-la, em que condições ocorreu o dano, em qual proporção, de que maneira, ou seja, o cenário deve ser analisado de uma maneira crítica e completa.

Responsabilidade é dever jurídico, conduta externa de um indivíduo imposta pelo direito positivo por exigência da convivência social. O desrespeito de um dever jurídico configura ilícito, que, na maioria das vezes, causa dano a outrem, gerando um novo dever jurídico, ou seja, o de reparar o dano.⁵

³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.9.

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: Obrigações e responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p.266.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.14.

1.1 Princípios orientadores

Princípio da reparação integral: O agente causador do dano deve restituir a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito.⁶ A vítima deve voltar ao seu estado primário como se nada estivesse ocorrido, ou o ressarcimento deva ser proporcional à agressão sofrida.

“A Constituição de 1988, por sua vez, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (art.1,III), implicitamente determinou a cabal reparação de todos os danos causados injustamente à pessoa humana”.⁷

Princípio da correspondência entre risco e vantagem: é uma visão bem disseminada e bem conhecida da responsabilidade objetiva. A idéia é o beneficiado por uma atividade arcar com os prejuízos advindos dela. O problema encontrado aqui é definir o que é benefício. Séria apenas vantagem pecuniária ou qualquer tipo de vantagem.⁸ Quando tratamos de benefício, estamos dentro de um universo bem amplo, que precisa ser definido muito bem o seu significado, para que não haja oneração e prejuízo em excesso ao fornecedor da atividade, e não ocorra um desequilíbrio econômico ou até mesmo social.

Princípio do risco extraordinário: é o risco acima do normal, que pode ser determinado pela frequência com a qual o dano ocorre, pela situação da atividade, potencial nocivo, atividade regulada.⁹ Esse risco é inerente à própria atividade, independe culpa.

Princípio da causa do risco: de acordo com esse princípio, o responsável deve ser quem deu causa ao fato danoso, ou quem mantém a fonte de risco, pois subentende que o fornecedor, e a pessoa que mantém a fonte de risco, são as que têm

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.27.

⁸ PUSCHEL PORTELLA, Flávia. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art.927, parágrafo único, do Código Civil*. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 22 maio 2014.

⁹ PUSCHEL PORTELLA, Flávia. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art.927, parágrafo único, do Código Civil*. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 22 maio 2014.

o conhecimento para se evitar o dano.¹⁰ Se o fornecedor ou proprietário explicitar o risco, ou ambos, e, passaram todas as orientações cabíveis sobre o produto ou atividade desenvolvida, o consumidor deve avaliar os riscos, e ponderar benefício e malefício. Sempre diante de uma atividade de risco deve-se observar e comparar custo benefício. Consumidor e fornecedor devem se perguntar: vale a pena eu me expor a tanto risco para obter o resultado almejado, que consequências virão caso haja algum imprevisto? É reversível o dano? Esses deveriam ser os principais questionamentos por ambas as partes.

Princípio da prevenção: conforme o princípio, a responsabilidade deve ser imputada ao sujeito que detêm o conhecimento, as melhores condições de controlar, diminuir ou até mesmo sanar o risco.¹¹ Quem tem o conhecimento técnico tem o dever de orientar e buscar meios de diminuir o risco.

Princípio da distribuição dos danos: segundo esse princípio, o dano deve ser atribuído ao sujeito com melhores condições para dividir o prejuízo, de modo que não venha onerar apenas um.¹² Ou seja, o dever de indenizar deve ser dividido entre os responsáveis, de maneira que todos arquem com o prejuízo causado a outrem.

Princípio da equidade: conforme esse princípio, a responsabilidade se atribui a quem tem as melhores condições de suportar o prejuízo do ponto de vista econômico.¹³ A equidade não está prevista expressamente na LICC, mas tem embasamento nos arts.4^o e 5^o, que afirmam que quando a lei for omissa, o juiz decidirá com base nos costumes e os princípios gerais do direito.

¹⁰ PUSCHEL PORTELLA, Flávia. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 22 maio 2014.

¹¹ PUSCHEL PORTELLA, Flávia. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art.927, parágrafo único, do Código Civil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 22 maio 2014.

¹² PUSCHEL PORTELLA, Flávia. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art.927, parágrafo único, do Código Civil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 22 maio 2014.

¹³ PUSCHEL PORTELLA, Flávia. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art.927, parágrafo único, do Código Civil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 22 maio 2014.

As normas de responsabilidade civil não têm o poder de anular um acontecimento. Isso quer dizer que, uma vez acontecido o episódio, o direito, por meio de suas normas de responsabilidade civil, trata apenas de determinar quem deve suportar o ônus.

O Art.927, parágrafo único, do CCB, é tido como o artigo que incluiu no direito brasileiro uma norma geral de responsabilidade civil objetiva, com fundamentos nas atividades usualmente atribuídas à responsabilidade e nos princípios desenvolvidos pela doutrina para justificar a imputação de responsabilidade sem culpa.

Mas o próprio artigo em seu §único não presume uma hipótese específica de responsabilidade objetiva. Ao contrário, trata-se de norma bem extensa, na qual o legislador utilizou termos cujo sentido ainda é indefinido.

Como por exemplo: O que é atividade? O que é atividade de risco por natureza? Essas questões o legislador não esclarece, e só o judiciário vai poder elucidar analisando os casos concretos.

1.2 Teorias aplicáveis aos institutos: civilistas e publicísticas

No instituto civilista é aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado e, no instituto publicista é aplicável à teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço, teoria do risco administrativo, e teoria do risco integral.

1.2.1 Teoria da responsabilidade subjetiva do Estado

A teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, tendo como fundamento o art.37, §6, da CF88, estabelece que os agentes da Administração Pública possam responder pelos atos danosos que causarem a outrem.

A Constituição Federal por sua vez sujeita todas as pessoas, independente de ser públicas ou privadas, aos ditames da ordem jurídica, de forma que o dano aos bens jurídicos de terceiros traz como consequência para o agente do dano

a obrigação de indenizar.¹⁴ Porém para que o agente assuma a responsabilidade de reparar é necessária à comprovação da culpa, tenha nexo de causalidade.

1.2.2 Publicísticas

As teorias publicísticas atualmente se dividem em: teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço, teoria do risco administrativo, e teoria dos riscos integral. “Para o Estado responder com o patrimônio pelos danos que o administrado venha a sofrer é necessário, então, que ocorra a culpa.”¹⁵ Culpa de quem? Do funcionário da administração. A responsabilidade do estado aqui está condicionada por uma culpa.

A pessoa jurídica não é responsável por sua própria culpa, é sempre um de seus agentes ou representantes que é tido como culpado, e é esse fato que condiciona a responsabilidade da pessoa jurídica.¹⁶

1.2.3 Teoria do risco administrativo

Em tese o serviço público deve-se apresentar perfeito, contínuo, sem falhas, para que a sociedade se beneficie no mais alto grau com seu funcionamento.¹⁷ Quando o acidente administrativo alcança o serviço público modifica o seu funcionamento.

1.2.4 Teoria do risco integral

Os defensores do risco integral afirmam que, para a configuração da responsabilidade civil, só é preciso à existência de um dano. Não se discute como e o

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 75 – 176.

¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.68.

¹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.68.

¹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.68.

porquê ocorreu o dano, se ocorreu é dever de se reparar. Até mesmo o nexo causal torna-se irrelevante e, por isso existe o dever de indenizar mesmo quando não há caso fortuito ou de força maior, fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima.¹⁸

1.3 Formação conceitual e natureza jurídica - análise da evolução do conceito de responsabilidade civil no direito brasileiro

A responsabilidade civil surgiu em face do descumprimento de obrigações. Regras e normas estabelecidas contratuais ou negocial, que não foram cumpridas.

Por anos, a responsabilidade civil predominante foi extracontratual, também chamada de responsabilidade aquiliana, por causa Lex Aquilia de Damno, aprovado através de plebiscito entre o final do século III a início do século II a.c., o princípio pelo o qual se punia a culpa por danos injustamente provocados, foi por meio dela que se fixaram os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual.¹⁹

A experiência romana demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, por que na época se não houvesse culpa, o lesante era isento da responsabilidade, daí o surgimento da necessidade de comprovação desta, como uma questão social evolutiva.²⁰ O entendimento era no sentido de que, se eu não tenho culpa porque tenho que pagar, por que tenho que arcar com um ônus.

Tendo esse cenário como estudo, e o entendimento de que havia a necessidade de comprovação da culpa, para não haver injustiça, Flávio Tartuce afirmar que, “a partir de então, a responsabilidade mediante culpa passou a ser a regra em todo o Direito Comparado, influenciando as codificações modernas, como o Código Civil Francês de 1804, Código Civil Brasileiro de 1916 e ainda o de 2002.”²¹

A responsabilidade civil no Código 1916 era pautada em um único conceito, o de ilícito. Havia uma única pilastra a apoiar a construção, por outro lado, a

¹⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vidal da. *Responsabilidade civil contemporânea: Em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p.90.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. *Manuel de direito Civil*. São Paulo: Método, 2011. p.394.

²⁰ TARTUCE, Flávio. *Manuel de direito Civi*. São Paulo: Método, 2011. p.394.

²¹ TARTUCE, Flávio. *Manuel de direito Civil*. São Paulo: Método, 2011. p.394.

responsabilidade civil, no Código Civil de 2002, é baseada em ato ilícito (art.186) e o de abuso de direito (art. 187).²²

A responsabilidade civil decorre de uma síntese unitária de submissão às consequências desfavoráveis dos próprios atos. À medida que a sociedade cresce se torna mais complexa, o direito deve acompanhar essa evolução diária. Dadas as relações sociais cada vez mais amplas e complexas, multiplicam-se a possibilidade de danos, especialmente de natureza moral. Cabe aos juízes reconhecer os limites, e as esferas do que é lícito e ilícito.²³

As pessoas estão mais esclarecidas, e estão levando em maior número os problemas que não conseguem solucionar dentro da sociedade, aos operadores do direito decidir “os tribunais, a cada dia reconhecem diferentes modalidades de danos patrimoniais e morais, enquanto as pessoas se conscientizam de seus direitos, criando o hábito de postulação em juízo.”²⁴ Dessa maneira, a responsabilidade civil tem adquirido formas diferenciadas ao longo dos anos, e tem se ampliado a cada dia.

1.4 Responsabilidade civil e penal

A responsabilidade civil é fundada perante o lesado, diferentemente da responsabilidade penal que é estabelecida perante toda uma sociedade, ou seja, Estado. “Entende-se que a responsabilidade civil decorre da falta de cumprimento das leis civis e dos contratos, enquanto a penal advém da infração de leis penais, que cominam a incidência de sanções e restrições de direito.”²⁵ As duas importam violações jurídicas, mas, a infração penal tem maior relevância perante a sociedade se comparado com ilícito civil. A responsabilidade penal implica na perda da liberdade, vedações de certas atividades, ou seja, limitações, já a responsabilidade civil fica mais no âmbito financeiro, limita-se ao pagamento de valores a título de penalidade.

²² TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2011. p.395.

²³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.5.

²⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.3.

²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.42.

As duas responsabilidades causam danos, mas a responsabilidade penal é mais gravosa, pois o ilícito penal tem efeitos devastadores, e pode afetar a sociedade como um todo.

A responsabilidade civil tem como objetivo principal a reparação em pecúnia, que geralmente fica a cargo do autor da lesão, já na responsabilidade penal se caracteriza pela multa ou coação da pena privativa de liberdade.²⁶ A responsabilidade civil é bem mais ampla do que a de responsabilidade penal.

Se ocorrer a violação de um dever jurídico, pode haver configuração da responsabilidade civil e penal, mas, para ocorrer uma, não necessariamente precisa acontecer a outra. “Enquanto a responsabilidade civil pressupõe um dano moral ou material, a penal independe de dano, como a prática de crime de formação de quadrilha ou bando art.288, Código Penal.”²⁷ O simples fato de montar o grupo, já configura crime, independente de ter lesado alguém ou não, ou seja, de ter atingido o objetivo.

A responsabilidade civil pode ser direta ou indireta, já a criminal é indireta, embora haja divergências entre alguns doutrinadores da corrente majoritária. “Caracterizada a responsabilidade civil, a exigência de reparação é de iniciativa particular, executada a hipótese já referida do art.387, IV, do CPP.”²⁸ Já na responsabilidade penal, a retratação é de interesse do lesado e da comunidade, e a pena visa à restauração do infrator, a ocorrência deve ser instaurada e submetida a julgamento, com exceção, se tratar de iniciativa privada.

Mesmo havendo a possibilidade de um mesmo fato jurídico gerar responsabilidade civil e penal, esta por sua vez é independente, conforme estabelecido no art.935, do CCB, podendo acontecer absolvição na esfera criminal, e condenação na esfera cível, ou condenação nas duas esferas.

²⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.17.

²⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.19.

²⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.19.

A responsabilidade penal é sempre mais gravosa que a responsabilidade civil. “Enquanto a responsabilidade penal é pessoal, intransferível, respondendo o réu com a privação de sua liberdade, a responsabilidade civil é patrimonial: é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.”²⁹ E como atualmente a legislação brasileira não permite que ninguém seja preso por dívida civil, por ser o Brasil signatário do pacto de São José da Costa Rica, e esse pacto proíbe esse tipo de prisão, com exceção do devedor de pensão alimentícia oriunda do direito de família, por ter caráter alimentício, pode ocorrer do causador do dano ser condenado a indenizar e não ter bens que possam ser penhorados, ou seja a vítima ganha à ação mas não será ressarcida, e fica lesada.

1.5 Espécies de responsabilidade

Alguns doutrinadores dividem a responsabilidade civil em responsabilidade contratual, denominada também de negocial, e responsabilidade extracontratual, também conhecida de extranegocial. Arnaldo Rizzardo é um deles, e define responsabilidade contratual como infração de uma obrigação contratual, enquanto que para ele responsabilidade extracontratual é violação derivada da desobediência a um dever legal.³⁰

1.5.1 Responsabilidade contratual (negocial)

Deriva da violação de um contrato, acordo entre as partes. Conforme ponderou Rizzardo, havendo convenção das partes, ou um contrato, com a discriminação de direitos e deveres, decorre a obrigatoriedade no cumprimento.³¹

Se desse contrato sobrevier falta de cumprimento das obrigações acordadas, e em decorrência dessas, suceder dano à outra parte, resulta a reparação. “Nesse contexto, por seus conteúdos, os arts. 389 a 400 do CCB são dirigidos mais

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 24.

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 37.

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 37.

para disciplinar as obrigações contratuais”.³² Estabelece as diretrizes da relação contratual.

Incluem-se na responsabilidade contratual o inadimplemento e a mora de obrigações decorrentes das declarações de vontade, por isso se você deixa de pagar as parcelas em uma promessa de compra e venda, você descumpri o contrato.³³ Na responsabilidade contratual analisa normalmente os prejuízos advindos pelo descumprimento contratual, em regra alguma cláusula deixou de ser cumprida, ou foi cumprida de forma errada, em regra a comprovação de que a cláusula não foi cumprida já é suficiente como meio de prova. O devedor não será obrigado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas em lei: são elas culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, e para esses casos o ônus da prova é do devedor.

1.5.2 Responsabilidade extracontratual (extranegocial)

Quando a responsabilidade não advém de um contrato, ela é conhecida como responsabilidade extracontratual.³⁴ Neste caso, será aplicado o comando do art. 186 do CC, e o ônus de provar que o fato ocorreu é do agente.

Os arts. 186, 187, 927 e 932, do CC, regulamentam a responsabilidade extracontratual. Os artigos estabelecem que todo aquele que causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.³⁵ Em regra o dever de indenizar é decorrente de um fato ilícito, aqui a responsabilidade origina-se de violação de lei.

Na responsabilidade extracontratual o agente não possui vínculo contratual com a vítima, mas existe vínculo legal, por conta do descumprimento de um dever legal, aqui o agente por ação ou omissão, com nexo de causalidade e culpa ou dolo, acarretará um dano à vítima, quando este pratica o ato ilícito.³⁶ O agente e a

³² RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.p. 37.

³³ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.37.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 26.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 26.

vítima não estão ligados por nenhuma relação obrigacional, a aqui a fonte em análise é a lei, a vítima é quem vai provar a culpa do agente.

1.5.3 Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade subjetiva faz parte da essência do direito, da sua moral, ética, do sentido natural da justiça.³⁷ O CCB de 2002, manteve em seu artigo 186, a culpa como fundamento da responsabilidade civil subjetiva, como estabelecido anteriormente no artigo 159 do CCB de 1916.

O CCB estabelece que quando alguém, mediante conduta culposa, violar direito de outrem e causar-lhe dano, está-se diante de um fato ilícito, e deste ato decorre o direito de indenizar.

A responsabilidade civil subjetiva é a obrigação derivada de ato ilícito. O sujeito que pratica ilicitudes é devedor da indenização pelos danos decorrente de sua conduta.³⁸ E corresponde a comportamento banido pela sociedade, e proibido por lei.

1.5.4 Responsabilidade objetiva

Também chamada de responsabilidade pelo risco. O sujeito de direito pode ser responsabilizado objetivamente, isto é, por danos causados em razão de atos lícitos.³⁹ Aqui a responsabilidade independe de culpa, ou seja, pode ou não existir, ela será irrelevante na hora de atribuir o dever de indenizar.

A norma mais utilizada quando trata-se de responsabilidade objetiva é o Art.14 do CDC. Mas “indispensável será a relação de causalidade porque, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento.”⁴⁰

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014.p. 37.

³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: Obrigações responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p. 311.

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: Obrigações responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p. 356.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 179.

1.6 Elementos

Não há unanimidade na doutrinação majoritária, estabelecendo quais são os elementos estruturais da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar. Os autores divergem entre si, em sua maioria seguem liames diferentes.⁴¹ Dessa forma, será buscado nas concepções dos autores brasileiros algo próximo de uma unanimidade.⁴²

Diniz aponta a existência de três elementos:

“a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil existe o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causada à vítima; c) nexos de causalidade entre o dano e a ação, o que estabelece o fato gerador da responsabilidade [...]”⁴³

Para Gonçalves, são quatro os pressupostos da responsabilidade civil: “a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade; d) dano. [...]”⁴⁴

Cavaliere Filho entende que são três os elementos: “a) conduta culposa do agente; b) nexos causal; c) dano.”⁴⁵ Ou seja, cada doutrinador tem sua linha de defesa, mas o que defende-se é que sem a prova do dano, ninguém poderá ser responsabilizado civilmente.

1.6.1 Ato ilícito

O ato ilícito é o fato gerador da responsabilidade civil. Diniz⁴⁶ afirma que o ato ilícito qualifica-se pela culpa. Não existindo culpa, não haverá, em regra, qualquer responsabilidade. Para que se configure o ilícito será necessário um dano procedente de operações culposas.

⁴¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 1. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 410. V. único.

⁴² TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 1. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 410. V. único.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 42. V. 7.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32 – 33.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 44.

Assim observa-se que “é de ordem pública o princípio que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou, indenizando-o.”⁴⁷

Portanto, para sua definição, é necessário que tenha uma ação ou omissão voluntária, violando norma jurídica protetora de proveito alheio-os ou direito subjetivo individual.

Para Stoco, para que nasça o ato ilícito, além da ofensa ao ordenamento jurídico, é fundamental que essa conduta tenha ocorrido intencionalmente ou por imprudência ou negligência.⁴⁸

1.6.2 Culpa

Para Stoco, o Código Civil de 2002 manteve a culpa como pressuposto do ato ilícito e da obrigação de indenizar, embora essa regra comporte exceções.⁴⁹ Para teoria subjetiva, o elemento culpa é essência, para se caracterizar a responsabilidade civil.

O entendimento de “Nader é que culpa em um sentido amplo, é o elemento subjetivo da conduta, compreensivo tanto da culpa *stricto sensu* quanto da ação ou omissão dolosa”.⁵⁰

Se o agente não contribuiu voluntariamente ou culposamente, sobrevivendo o ato de culpa exclusivamente da vítima, de terceiros ou de caso fortuito ou força maior, não será este responsável por danos causados a outrem, a não ser que ato esteja previstos em lei.

Considerando o elemento culpa em sentido amplo, a sua forma de manifestação mais grave é a dolosa, quando o agente atua deliberadamente, certa de

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 45.

⁴⁸ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: Doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.131.

⁴⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: Doutrina e jurisprudência*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 130.

⁵⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civi: Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 97.

que a sua conduta implicará dano a outrem (dolo direto).⁵¹ O dolo direto é determinante o agente já prevê um resultado, e almeja realizá-lo.

Mas também há a conduta sem intenção de prejudicar terceiros, essa por sua vez possui a consciência do risco e o assume (dolo eventual).⁵² O dolo eventual o agente até prevê, mais não quer aquele resultado, esse dolo é muito alegado quando envolve acidente de trânsito.

A corrente de doutrinadores majoritários distingue três graus de intensidade da culpa: Culpa grave culpa leve e levíssima. A primeira verifica-se quando o autor comete uma falta evidente ao senso comum, uma conduta altamente censurável; a segunda o ato decorre de uma falta sem maior relevância, passível de acontecer com frequência, sem gerar grandes danos; a terceira se dar por simples descuido, chegando a ser corriqueira.⁵³ Além dos graus de culpa, também é possível especificar os tipos de culpa.

1.6.2.1 Culpa de terceiro

A culpa de terceiro “desfaz o liame da causalidade entre a conduta do devedor (culpa ou não) e os danos cuja indenização se pleiteia.”⁵⁴ O fato de terceiro é uma das possíveis excludentes da responsabilidade civil, porque embora tenha ocorrido o dano, e o dever de indenizar a vítima, a parte que não teve culpa tem o direito de requerer em ação contra aquele que causou o dano. Pode-se citar como exemplo a relação do médico e do hospital, quando este é obrigado a indenizar o paciente por causa de um erro médico, a instituição hospitalar com fundamentos nos arts. 929 e 930 do CCB, tem a faculdade de requer do médico o ressarcimento posteriormente em uma outra ação autônoma.

⁵¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 100.

⁵² NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 100 -101.

⁵³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 101.

⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: Obrigações e responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p. 404.

Segundo Ulhoa, quando a culpa em decorrência do evento danoso é de terceiro, desconstitui-se a relação de causa e efeito entre o prejuízo da vítima e o ato ou atividade de demandado. No caso de excludente, o prejudicado terá direito de provocar a responsabilização do terceiro culpado.⁵⁵ Tem o direito de pleitear o prejuízo.

“O civilmente responsável pelo ato de outrem pode encontrar-se em relação jurídica com o mesmo, exercendo sua autoridade ou impondo sua jurídica com o mesmo, exercendo sua autoridade ou impondo sua direção, de modo a criar uma situação de subordinação ou de submissão.”⁵⁶

Mas pode ocorrer do civilmente responsável não ter nenhum vínculo com aquele que realmente causou o dano, podemos citar a relação do médico e do hospital, quando o nosocômio se ver obrigado a indenizar o paciente por ato exclusivo do médico.

1.6.2.2 Culpa exclusiva da vítima

Quando o dano é decorrente de culpa exclusiva da vítima, não se pode estabelecer relação de causalidade entre ela e o ato ou atividade do demandado. Se a vítima causou o dano não há razões para imputar responsabilidade pela indenização dos prejuízos a terceiros. A vítima deve suportar o ônus sozinha, pois foi ela quem dera causa ao prejuízo, nesse caso não basta que o demandado tenha-se envolvido com o dano, para que surja obrigação de indenizar, é necessário que seus atos tenham dado causa aos prejuízos.⁵⁷

O entendimento de Sílvio de Salvo Venosa, ao analisar o tema abordado com base no art.945 do CCB, é que o código trata apenas da culpa concorrente, ele não menciona a culpa exclusiva da vítima, sua construção esta embasada na

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: Obrigações responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p. 405.

⁵⁶ LIMA, Alvino. *A Responsabilidade Civil Pelo Fato de Outrem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34.

⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Obrigações. Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 407. v.2.

jurisprudência, doutrina e na legislação extravagante. Portanto se a vítima não provar que não teve culpa não será indenizada.⁵⁸

1.6.3 Dano

O dano é vilão da responsabilidade civil. Se não houver dano, não há no que se falar em responsabilidade, indenização, ressarcimento. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização.

Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não existe responsabilidade sem dano.⁵⁹

O artigo 927 do CCB, determina “aquele que, por ato ilícito arts.186 e 187, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. No mesmo sentido o parágrafo único do art. 927 dispõe: “haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”⁶⁰ Ou seja, sem dano não há o que reparar.

É princípio definido em responsabilidade civil que a extensão do dano é que decide a quantidade da indenização, ou seja, determina o valor que a pessoa que sofreu o dano deve receber. Entretanto, confere ao julgador, pelo § único do artigo 944 do CCB⁶¹, a oportunidade de reduzir o valor da indenização, operando com equidade, ao examinar, no caso concreto, a gravidade culpa e dano.⁶²

1.6.4 Nexa de causalidade

A causalidade é o reconhecimento de que a conduta imputada constituiu o dano, ou seja, a causa da qual o dano configurou seus efeitos. A causalidade é de

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 38. v.4.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77.

⁶⁰ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html>. Acesso em: 03 jun. 2014.

⁶¹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html>. Acesso em: 03 jun. 2014.

⁶² NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 101.

natureza objetiva, pois liga a ação ou omissão, e o dano. O nexo é a condição indispensável para o resultado.⁶³

A relação entre causa e efeito é fundamental, na responsabilidade objetiva ação ou a omissão, assim como os danos, resta à indagação quanto ao nexo, desta forma, somente haverá responsabilidade caso os prejuízos se revelem uma decorrência do comportamento do responsável.⁶⁴

1.7 Excludentes da responsabilidade

“Verificada a excludente, a responsabilidade civil não se constitui [...]. à vítima, em princípio, cabe provar os elementos constitutivos da responsabilidade civil, enquanto ao demandado incumbe a prova da excludente que tiver suscitado.”⁶⁵

Ulhoa exemplifica as excludentes de responsabilidade como: Inexistência de dano ou da relação de causalidade e a cláusula de não indenizar.

Para o autor a Inexistência de dano ocorre do credor, e é indispensável à constituição da obrigação de indenizar. Sua ocorrência é condição inafastável da responsabilidade civil seja ela objetiva ou subjetiva e todos os danos devem ser provados.⁶⁶

Mesmo que o ato do demandado tenha sido ilícito, ou sua ação tenha colocado direito de outrem a consideráveis riscos, se não houver danos, não se tem vínculo obrigacional.⁶⁷

O autor⁶⁸ afirma que o ônus de provar os elementos constitutivos da responsabilidade civil é em princípio da vítima (demandante). Assim é

⁶³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 112.

⁶⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 113.

⁶⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: Obrigações. Responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 398. v.2.

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: Obrigações. Responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 398. v.2.

⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil. Obrigações. Responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 398. v.2.

independentemente da espécie de responsabilidade, subjetiva ou objetiva. Caso a vítima não prove a verificação do dano, e sua extensão não terá direito de ser indenizado.

Na inexistência de relação de causalidade, para que exista a responsabilidade civil, em qualquer caso, é necessário haver um liame entre credor e devedor. A responsabilidade civil aparece quando não há vínculo negocial entre os sujeitos obrigados, ou são irrelevantes para se constituir a obrigação de indenizar.⁶⁹

Na cláusula de não indenizar: É negocio jurídico estabelecido entre as partes, que por acordo mútuo podem estabelecer que determinados danos não serão indenizados, ou seja cada parte arca com seu dano. Conforme princípio da autonomia da vontade, os sujeitos poderão consensualmente formalizar um contrato com cláusulas excluindo eventuais danos decorrentes do contrato.

Somente não será possível em relação de consumo, em que o consumidor é pessoa física conforme estabelecido no art. 51, I, do CDC, neste caso, ainda que tenha sido acordado entre as partes, existe a obrigação de indenizar responsabilidade civil.⁷⁰ Por entender que o consumidor é a parte mais fraca da relação jurídica.

Portanto, tendo como base as análises das obras dos autores mencionados neste capítulo, quando se menciona em responsabilidade civil aquiliana, o ônus da prova, em regra é do lesado, que tem de demonstrar não só a existência do dano como também a relação de causa e efeito entre o ato do agente e os prejuízos por ele sofridos.⁷¹

Quando trata-se de “responsabilidade civil objetiva pura, em que o requisito culpa é totalmente prescindível, basta essa prova.”⁷²

⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. Obrigações. Responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 397. v.2.

⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*: Obrigações. Responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 400. v.2

⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*: Obrigações. Responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 409. v.2.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 773.

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 774.

O CCB filiou-se à teoria subjetiva, no art.186, que erigiu o dolo e a culpa como alicerces para a obrigação de reparar o dano. Contudo, em outros dispositivos, e mesmo em leis esparsas, adotaram-se os princípios da responsabilidade objetiva conforme estabelecido no art.927, parágrafo único.⁷³

É possível concluir que o direito brasileiro, mormente após edição do CDC, priorizou as cláusulas de indenizar, esta mais consumerista, o dolo e a culpa grave estão, também, fora dos seus limites por uma imposição de ordem pública, por isso, se assim não fosse, estaria estimulando a negligencia, imperícia, imprudência, em detrimento de toda uma coletividade.⁷⁴

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 774.

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 598.

2 RESPONSABILIDADE MÉDICA

O CDC, em seu art.14,§4^o, manteve a regra de que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” Dessa forma a responsabilidade civil do médico é subjetiva, leva-se em consideração a imperícia, imprudência, e negligência, o descumprimento da obrigação contratual deve ser provado mediante, a demonstração que o médico agiu com uma das três, conforme estabelecido no art.951, do CCB.

2.1 Atividade médica: Interações com o ordenamento jurídico

O número de ações envolvendo erro médico tem aumentado frequentemente. Os pacientes estão muito mais esclarecidos, e entendem que devem buscar o judiciário para serem ressarcidos de eventuais danos sofridos por erro médico.⁷⁵

Entre os direitos do paciente está o de receber atendimento adequado, e esse amparo encontra-se na Constituição Federal atual do Brasil, podemos interpretar que esse direito esteja dentro do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A responsabilidade médica está filiada a responsabilidade civil subjetiva, tem como objeto a teoria da culpa, como prevê o art.186, do CCB. O proceder culposo do médico tem que ter nexo causal com o prejuízo, ou seja, deve ser o que causou o prejuízo ao paciente.⁷⁶

Quando a responsabilidade do médico é discutida em juízo, existe a necessidade de provar a culpa, e conforme estabelece o art.33 do CCB, o ônus de provar é de quem alega, ou seja, quem tem que provar que houve erro e dano, é paciente.

⁷⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 58-61.

⁷⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 63-65.

Em regra a jurisprudência dos tribunais brasileiros tem aplicado à culpa médica a disciplina da responsabilidade contratual, entendendo que a relação do médico com paciente configura um contrato.⁷⁷

São excludentes da responsabilidade médica o caso fortuito e força maior, fundamentado no art.393 do CCB, além da culpa exclusiva de terceiro, que pode ser do paciente ou até mesmo do hospital.

A doutrina majoritária entende que se houver culpa concorrente do paciente e do médico, não existe exclusão completa da responsabilidade civil do médico. Ou seja, cada um será responsabilizado por sua parcela de culpa.

2.1.1 Deveres e direitos do médico

Conforme estabelecido no capítulo II do Código de Ética Médica, são direitos e deveres do médico:

“Exercer a medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião, política ou de qualquer outra natureza.

Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitadas à legislação vigente.

Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.

Suspender suas atividades, individuais individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalho não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo

⁷⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 48.

clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo o Conselho Regional de Medicina.

Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser decidido ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.

Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.”⁷⁸

2.1.2 Deveres e direitos do paciente

Com o passar dos anos a sociedade evoluiu, a consciência das pessoas mudou, e diante de um cenário novo as pessoas começaram a perceber seus direitos diante de acontecimentos médicos.⁷⁹

Do que era um simples relacionamento entre médico, pacientes e familiares, surgiram deveres para um e mais direitos para o outro.⁸⁰

Encontra-se contemplado de maneira clara e abrangente, no Código de Ética Médica e, na Lei de n.10.241, de 17/03/1998, lei estadual, do Estado de São Paulo, mais aplicada em todo o território nacional, os direitos e deveres dos pacientes:

- 1 Receber esclarecimentos sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença (art. 13);⁸¹
- 2 Receber atendimento digno, respeitoso independente de sua raça, credo, cor, idade, sexo, orientação sexual, ou diagnóstico;
- 3 Concordar e ser devidamente esclarecido sobre procedimento, riscos e prognósticos, além de elucidar o procedimento de procriação medicamente assistida (art.15);⁸²
- 4 As informações devem ser simples claras e compreensíveis, adaptadas à sua condição social, cultural, limitação de audição, visão, opções terapêuticas, riscos envolvidos, duração do

⁷⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Brasília, 2014. Disponível em:<<http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

⁷⁹ POLICASTRO, Décio. *Erro Médico: E suas conseqüências jurídicas*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.13.

⁸⁰ POLICASTRO, Décio. *Erro Médico: E suas conseqüências jurídicas*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.13.

⁸¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*. Brasília, 2014. Disponível em:<<http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

⁸² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*. Brasília, 2014. Disponível em:<<http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

tratamento quando aplicável, localização da patologia, se há necessidade de anestesia;⁸³

5 Sempre que houver alterações importantes no quadro clínico do paciente este deverá ser informado;⁸⁴

6 Decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de vida (art.31);⁸⁵

7 Ter livre acesso aos meios disponíveis de diagnósticos e tratamento ao alcance do seu médico (art. 32);⁸⁶

8 Ser atendido imediatamente em casos de urgência e emergência (art.33);⁸⁷

9 Na impossibilidade de expressar sua vontade, o consentimento para os procedimentos médico pode ser emitido, por escrito, por familiares ou responsáveis legais pelo paciente;⁸⁸

10 Decidir livremente sobre método contraceptivo, e ser esclarecido sobre a indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método (art.42);⁸⁹

11 Ter resguardada a sua integridade a sua privacidade, coma atendimento em local adequado e conduta profissional que preserve a sua intimidade;⁹⁰

12 Obter laudo médico quando for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento em outro local, ou na alta (art. 86);⁹¹

13 Ter um prontuário elaborado de forma legível (art.87);⁹²

14 Ter acesso ao seu prontuário médico ou cópia dele quando solicitar art.88 da Lei;⁹³

⁸³ BRASIL. *Lei nº 10.241, de 17 de mar de 1998*. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/.../saudelei10241.htm>. Acesso em: 06 jun. 2014.

⁸⁴ BRASIL. *Lei nº 10.241, de 17 de mar de 1998*. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/.../saudelei10241.htm>. Acesso em: 06 jun. 2014.

⁸⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

⁸⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

⁸⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://WWW.portalmedico.org.br/novocodigo/>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

⁸⁸ BRASIL. *Lei nº 10.241, de 17 de mar de 1998*. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/.../saudelei10241.htm>. Acesso em: 06 jun. 2014.

⁸⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

⁹⁰ BRASIL. *Lei nº 10.241, de 17 de mar de 1998*. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/.../saudelei10241.htm>. Acesso em: 06 jun. 2014.

⁹¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

⁹² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

15 Dar informações completas sobre seu histórico de saúde incluído: se faz uso de medicamentos, procedimentos médicos progresso e problemas relacionados à sua saúde.⁹⁴

2.2 Natureza contratual da atividade médica e suas implicações e suas aplicações jurídicas

A natureza jurídica da relação médico paciente é objeto de estudo e análise de muitos doutrinadores. A discussão gera em torno de caracterização de ser contratual ou extracontratual.

Existem duas correntes doutrinárias no Brasil, uma que entende que a responsabilidade médica é sempre contratual, e outra que sustenta haver casos excepcionais em que será cabível a extracontratual.

A primeira corrente entende que o paciente ao procurar o médico, e este aceitando tratá-lo, estabelece um negócio jurídico. Pelo fato de que o contrato médico não exige formalidades, bastando para tanto acordo de vontades, entre pessoas capazes, uma vez que o objeto do negócio é lícito, pois uma das validades do negócio jurídico é agente capaz.

Entre os doutrinadores que defendem em suas obras a natureza da responsabilidade do médico é contratual estão: José de Aguiar Dias, Caio Mário, Silvio Rodrigues, Carlos Roberto Gonçalves entre outros.

Entre os seguidores da segunda corrente estão:

Orlando Soares, que tem uma doutrina semelhante com a do Sérgio Cavalieri Filho. “A responsabilidade médica é, de regra, contratual, em razão da forma como se constitui a relação paciente-médico. Normalmente, o paciente busca o médico, escolhe o profissional de sua confiança, constituindo com ele vínculo”.⁹⁵

⁹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

⁹⁴ BRASIL. *Lei nº 10.241, de 17 de mar de 1998*. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/.../saudelei10241.htm>. Acesso em: 06 jun. 2014.11:36.

⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed.3. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 272.

O artigo em análise e aplicável é sempre Art.1.545, do CCB, que está vinculada a uma conduta culposa, em qualquer modalidade seja ela, negligencia, imperícia ou imprudência.

Porque independente do entendimento de qual seja a natureza jurídica contratual, o artigo 1.545, do CCB, garante o seu pleito reparatório.

2.2.1 Atividade de meio e atividade de resultado. Principais aspectos distintivos

A obrigação de meio não se obriga a um objetivo específico, determinado. A atividade médica envolve obrigações de meios, ou seja, o médico tem o dever de empregar todos os meios e recursos disponíveis para obter o melhor resultado possível,⁹⁶ não de curar o paciente assistido, e mesmo atuando de forma correta e utilizando todos os meios tecnológicos disponíveis a ele, ainda sim, não tem como ele garantir cem por cento que o paciente vai ficar sã.

O objetivo da ação médica não é garantir a cura com o tratamento ministrado, mas trazer melhores condições para o paciente.⁹⁷

Na obrigação de resultado, há o compromisso com um resultado específico, o contrato compromete-se a atingir o objetivo determinado, dessa forma quando não é alcançado tem-se inexecução da obrigação.

A doutrina majoritária cita como exemplos as cirurgias plásticas, mas os cirurgiões plásticos afirmam que, mesmo em cirurgia estética, não tem como garantir um resultado, pois como em todas as cirurgias há risco, surgem complicações pré ou pós-operatórias, podendo chegar até a morte. Mas mesmo com argumentos fortes a responsabilidade civil decorrente de cirurgias plásticas, é analisada de modo pouco favorável ao médico.⁹⁸

⁹⁶ POLICASTRO, Décio. *Erro médico: E suas conseqüências jurídicas*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.8.

⁹⁷ POLICASTRO, Décio. *Erro médico: E suas conseqüências jurídicas*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 8-9.

⁹⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.151.

2.2.2 A responsabilidade civil do médico: tentativas para a formação do conceito, à luz da norma e doutrina civis

Quando se realiza um estudo sobre responsabilidade civil, observa-se que, “o primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), que também contem interessantes normas a respeito da profissão médica em geral.”⁹⁹ Alguns artigos dessa lei, como por exemplo art. 215 e seguintes, instituíam, que para as operações complexas havia uma compensação para o médico, uma espécie de prêmio pelo o êxito na operação.

Em outros artigos sucessivos, impunha-se ao médico a máxima atenção e perícia na sua atividade, porque, em caso contrário, o médico era acometido de penalidades gravíssimas, que iam até a imputação da mão do médico, considerado o imperito. Tais penalidades eram aplicadas em casos de morte do paciente, ou fosse mal curado, em decorrência de imperícia ou má prática.¹⁰⁰

Entende-se que naquela época do Código de Hamurabi, já existia o conceito de culpa, em um sentido jurídico moderno, enquanto vigorava responsabilidade objetiva, muito parecida com a noção atual. Para eles se o paciente veio a óbito logo após a cirurgia, o entendimento era que o médico o matou, e deveria ser punido.¹⁰¹

Na Grécia antiga, no Século V a.C., encontra-se o primeiro estudo no campo da medicina, Trata-se da construção filosófica aristotélica, que contém noções de uma medicina não apenas empírica, mas permeada de elementos científicos, sem descurar dos elementos deontológicos da arte de curar, tão bem sintetizado no conhecido juramento, e utilizado até os dias de hoje.¹⁰²

⁹⁹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 33.

¹⁰⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 33-34.

¹⁰¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 33-36

¹⁰² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 37.

Observa-se de forma lenta, mas formando o princípio, de que a culpa do médico não se presume somente pelo o fato de não ter ele obtido êxito no tratamento, mas deve ser analisada e individualizada com base na atuação seguida pelo profissional.¹⁰³

Dessa forma para aqueles que eram adeptos as doutrinas “platônicas e aristotélicas, a responsabilidade do médico deveria ser avaliada por um perito na matéria e por um colegiado de médicos, o que em essência, corresponde ao perito judicial dos tempos modernos.”¹⁰⁴

Com o passar dos séculos, com o surgimento das universidades no século XIII, e progresso da ciência, juntamente com desenvolvimento das pesquisas filosóficas, os médicos passaram a se aprofundar nos estudos da anatomia e dos fenômenos patológicos, embasando de forma mais adequada e racional a atividade de diagnóstico e cura.¹⁰⁵

Dessa forma, a medicina perdia continuamente seu caráter empírico do passado, para transformar-se em ciência pura seguindo-se daí uma análise racional do erro e da culpa profissional. Um exercício tão importante e delicado não poderia ser expandido apenas ao setor privado, por isso, aos poucos o Estado prosseguia regulamentando a profissão conferindo-lhe natureza publicística.¹⁰⁶

A medicina, nos dias atuais, é conceituada como um fato social, pois social e público é o interesse da coletividade pela saúde, direito consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que integram as Cartas Políticas das Nações Civilizadas.¹⁰⁷

Tendo como análise o século XIX, percebe-se que na França diminuiu a responsabilidade jurídica, para ser mais preciso, tendo como base os números, “quase

¹⁰³ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 37.

¹⁰⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 37-38.

¹⁰⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 38-39.

¹⁰⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.38-40.

¹⁰⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 38.

desapareceu a responsabilidade jurídica, com a decisão da Academia de Medicina de Paris, em 1829, que proclamou a exclusiva responsabilidade moral dos profissionais da arte de curar.”¹⁰⁸

Discutiam que por haver pluralidade de critérios nas questões médicas, diagnóstico, prognóstico, tratamento, cirurgia, tudo se mostrava subjetivo, conseqüentemente, só poderia responsabilizar os médicos por negligência ou imprudência, advinda de erro grosseiro, elementar, ou seja, o ônus da prova deveria ser incumbido ao paciente.¹⁰⁹

O entendimento era que os laudos periciais, ou seja, “os pareceres dos peritos médicos deveriam ser decisivos, posto que somente eles, possuidores de conhecimentos científicos na área médica, poderiam emitir opinião abalizada.”¹¹⁰ Questionava-se, por fim, a possibilidade de ressarcimento material do dano.

Nos dias atuais, é plena a reparabilidade do dano médico, entre os franceses, em Paris os médicos tem o hábito de convidar os juízes para assistirem grandes cirurgias, a fim de que os julgadores possam enxergar as dificuldades da atividade médico-cirúrgica, em todas as sua nuances, materiais e psíquicas.¹¹¹

Essa postura dos médicos franceses tem grande relevância, é muito importância, pois proporciona ao magistrado experiência e conhecimento que são de muita valia no momento de julgar.

No direito alemão, também é proclamado o princípio da responsabilidade civil por culpa, no § 823 do BGB(German Civil Code), estabelece o dever de indenizar aquele que, dolosa ou culposamente, afetar, a vida, o corpo, a liberdade, a propriedade, ou qualquer direito de outrem.¹¹²

¹⁰⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 38.

¹⁰⁹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 39.

¹¹⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 39-40

¹¹¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 40-41

¹¹² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 43.

2.2.3 A responsabilidade civil do médico e pontos de contrato com o Código de Defesa do Consumidor

Em regra, a obrigação assumida pelo médico é de meio, ou seja, o inadimplemento contratual somente ocorrerá mediante demonstração probatória pelo paciente de que o profissional não atuou em consonância com o dever de cuidado e guarda necessário. Este entendimento emana do fundamento de que a medicina, ainda que esteja em permanente aperfeiçoamento, reúne em torno de si inúmeras limitações.

Nesse sentido, dispõe o §4º do art.14 do CDC, Lei n.8.078/90. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa.¹¹³

Cumpra mencionar o teor do art. 951 do CCB, segundo qual o disposto nos arts. 948, 949, 950 aplicam-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

2.3 Da culpa: aspectos principais

Cavaliere Filho denomina culpa como violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer observar, ou como querem outros, a omissão de diligência exigível. Mas ele faz uma interrogação, em que consiste esse dever de cuidado? Quando ocorreria a sua violação? Ele diz que a dificuldade da teoria da culpa está na caracterização exata da infração desse dever ou diligência, que nem sempre assemelha-se com a violação da lei.¹¹⁴

¹¹³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 jul. 2014.

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 33.

O homem deve pautar a sua conduta de modo a não lesar a ninguém. Ao praticar seus atos, mesmo que lícitos, deve analisar a cautela necessária para que de suas ações não resultem lesões a bens jurídicos de outrem.¹¹⁵

O autor “conceitua culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.”¹¹⁶

Tendo como parâmetro o conceito de culpa apresentado por Cavaliere, extraem-se os elementos: Conduta voluntária com resultado involuntário; previsão ou previsibilidade, e falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.¹¹⁷

Na culpa não há intenção, mas existe a vontade, não encontra comportamento intencional, a vontade não se dirige a um fim determinado, como no dolo, mas se dirige à conduta.

Observa-se que “na previsão e previsibilidade, embora involuntário, o resultado poderá ser previsto pelo agente. Previsto é o resultado que foi representado, mentalmente antevisto.”¹¹⁸ Nesse caso, logramos a culpa com previsão ou consciente, que se aproxima do dolo.

A essência da culpa é sempre a mesma, diversas maneiras de violação do dever jurídico. E pode ser classificadas em: culpa contratual e extracontratual; quando o dever tiver por fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, ou seja, derivada de um contrato; culpa presumida e culpa contra a legalidade; é bem parecida com a responsabilidade objetiva, mas por se tratar de presunção relativa, admite discutir amplamente a culpa do acusado.¹¹⁹

¹¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 33.

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 36.

¹¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 36-37.

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 37-38.

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 42.

Existe também a culpa concorrente, “quando paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposos de ambos.” ¹²⁰

Isto é, a vítima também concorreu para o evento, e não apenas aquele supostamente considerado como causador.

2.3.1 Da imperícia

Pode-se definir como “a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático.” ¹²¹

Também define a imperícia a incapacidade de efetuar determinado trabalho, por falta de habilidade ou ausência de conhecimentos essenciais exigidos em uma profissão. ¹²²

É o ato de agir sem aptidão, sem conhecimento, seja ele teórico ou prático necessário para realização de determinada operação.

A imperícia médica é aferida dentre aqueles que detêm o diploma, mas não têm habilidade normalmente requerida para o exercício legítimo da atividade profissional, resultante de carência de conhecimentos necessários da experiência. ¹²³

A jurisprudência, ao abordar o tema imperícia, ratifica sempre conceitos como experiência técnica e profissional normal, infração da diligência comum ao grau médico de conhecimento e capacidade. ¹²⁴

“A postura psíquica do agente quanto à sua capacidade é de todo irrelevante, porque a imperícia é avaliada objetivamente, confrontando-se a perícia/médica (aquele que seria normal esperar-se em circunstâncias similares) com o comportamento do agente.

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 44.

¹²¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do Médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 83.

¹²² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 83-84.

¹²³ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 86.

¹²⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 87.

Se a conclusão for desfavorável a este último, ele será responsabilizado, independentemente do aspecto subjetivo do problema”¹²⁵

O médico deverá, quando diante de uma situação que supere seus conhecimentos, discutir o assunto com colegas mais experientes ou indicar um especialista.¹²⁶

2.3.2 Da negligência

A negligência exprime falta de descuido, desatenção, displicências, a uma pessoa ou a uma situação.¹²⁷

É negligente o médico que deixa de dar o devido encaminhamento ao paciente que necessita de urgência/emergência em seu atendimento.¹²⁸

Há erro grosseiro quando o médico recebe no pronto socorro de um hospital paciente vítima de colisão com traumatismo craniano e, não solicita uma tomografia de crânio de urgência para ver a gravidade dos ferimentos, porque seu plantão já estava finalizando, deixando esse procedimento para ser requerido pelo médico que posteriormente vai lhe substituir.

Os casos de negligência são abundantes na jurisprudência, visto que a distração faz parte da natureza humana e vão do erro do médico desatento que prescreve medicamento errado, até o esquecimento de material dentro do corpo do paciente.¹²⁹

¹²⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 86.

¹²⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 85-86.

¹²⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 86-87.

¹²⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 86-90.

¹²⁹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 80.

2.3.3 Da imprudência

Na imprudência, existe culpa comissiva, age com imprudência o profissional que apresenta comportamento não justificado, impróprio para aquele momento, sem usar de cautela.¹³⁰

Geralmente a imprudência tem como origem a imperícia, pois o médico, mesmo sabendo que não tem preparação necessária, capacidade profissional suficiente, ainda sim continua com sua ação reprovável.¹³¹ Ou seja, age com falta de precaução.

A imprudência consiste no proceder do médico sem a devida observância que o mesmo deveria ter em um determinado momento, em relação ao exercício de um ato, de maneira a acarretar um perigo por imprevisão ativa.¹³²

2.3.4 Excludentes da responsabilidade médica: fato de terceiro e cláusula de não indenização

A regra em responsabilidade civil é que cada um responda por seus próprios atos, especificamente pelo o que fez.¹³³

Entre os fatores que excluem a responsabilidade dos prestadores de serviços, o CDC refere-se à inexistência de defeito do serviço.¹³⁴ Ou seja, “fornecedor de serviços não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste.”¹³⁵ Afirmativa que vai de encontro com a norma contida no art.14,§3,I do CDC.

¹³⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 80

¹³¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 82

¹³² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 82-85

¹³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 426.

¹³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 426-427.

¹³⁵ COORDENAÇÃO E SUPERVISAO DA EQUIPE, ATLAS. *Código de defesa do consumidor*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

Para afastar a sua responsabilidade, basta que o médico prove que o episódio não decorreu de defeito de serviço, mas sim, das condições próprias do paciente ou de fato da natureza.¹³⁶ Comprovar que o paciente foi assistido com segurança e, que utilizou toda tecnologia que estava ao seu alcance para curar o paciente.

Quando trata-se de responsabilidade de terceiro “o fato só exclui a responsabilidade quando rompe o nexo causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima e, por si só, produz o resultado.”¹³⁷ É necessário que o feito de terceiro acabe com a relação causal entre a vítima e o suposto causador do dano; O fato de terceiro, segundo entendimento dominante, assemelha-se ao caso fortuito ou força maior, por se tratar de uma causa estranha à atitude do agente aparente, fundamentada e inevitável.¹³⁸

O fato de terceiro também foi inserido pelo Código de Defesa do Consumidor como causas de exclusão de responsabilidade do consumidor em seus artigos: 12, §3º, III, e Art.14, §3º, I.¹³⁹

A cláusula de não indenizar, apesar de não ser uma causa legal de exclusão da responsabilidade, consiste numa estipulação prévia pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra, afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum ao seu caso. Ressalta-se que a cláusula de não indenizar ou irresponsabilidade não exclui o cumprimento da obrigação, mas apenas a sanção pelo descumprimento.¹⁴⁰

A cláusula é vista com bastante cautela no nosso ordenamento jurídico e aplicada com muita restrição. Para saber da validade da cláusula de irresponsabilidade, deve-se indagar qual a sua amplitude. Nesse campo, é interessante verificar quando ela não é admissível.

¹³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 426.

¹³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 70-71

¹³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 70.

¹³⁹ COORDENAÇÃO E SUPERVISÃO DA EQUIPE, ATLAS. *Código de defesa do consumidor*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 8-10.

¹⁴⁰ COORDENAÇÃO E SUPERVISÃO DA EQUIPE, ATLAS. *Código de defesa do consumidor*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 8-15

Geralmente a cláusula não é aceita quando o seu conteúdo é destinado a exonerar o devedor da responsabilidade em que incorreria em caso doloso ou culpa grave. Também não é admissível quando não houver violação a interesse de ordem pública.

Nesse sentido, o nosso direito impede a estipulação de cláusulas em diversas situações, especialmente quando se tratar de partes hipossuficientes ou frágil. O CCB estabelece em seu art.424 que nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que determinam a exclusão do dever de indenizar, pois, nelas, o aderente está inviabilizado de estipular seu conteúdo.

O Código de Defesa do Consumidor, que tem interesse social também condena a cláusula de irresponsabilidade em seus arts. 25 e 51, I, em razão da vulnerabilidade do consumidor que se encontra em uma posição hierarquicamente inferior.

A normativa do art. 25 do CDC, “ determina que é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.” ¹⁴¹ Também no CDC no art.51 “determina que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços:” ¹⁴²

“I – Impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada em situações justificáveis;”¹⁴³

A doutrina majoritária pontua alguns requisitos para validade da cláusula de não indenização: não colisão com preceito de ordem pública; bilateralidade

¹⁴¹ COORDENAÇÃO E SUPERVISAO DA EQUIPE, ATLAS. *Código de defesa do consumidor*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14.

¹⁴² COORDENAÇÃO E SUPERVISAO DA EQUIPE, ATLAS. *Código de defesa do consumidor*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 26-28

¹⁴³ COORDENAÇÃO E SUPERVISAO DA EQUIPE, ATLAS. *Código de defesa do consumidor*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 26.

do consentimento; igualdade de posição das partes; ausência da intenção de afastar obrigação inerente à função, dentre outras.¹⁴⁴

A forma mais simples de analisar se a cláusula excludente de responsabilidade em um determinado contrato é válida ou não é verificar se a norma de direito privado que estabelece a responsabilidade e que pela convenção ficará afastada é de ordem pública ou de mero interesse individual.¹⁴⁵

Caso a estipulação esteja afastando a aplicação de uma norma de ordem pública, que visa a resguardar a ordem jurídica, e que envolva interesse indisponível ou de grande repercussão social, ela será considerada ilícita, vez que um mero interesse de natureza privada não pode afastar as normas que visem à manutenção da ordem pública e dos bons costumes em geral.¹⁴⁶

Sendo assim, é de concluir que a cláusula de não indenização somente será admitida se for destinada à tutela do interesse individual, não sobrevivendo em outras hipóteses.

2.4 Do dano

É lesão a um direito, é um prejuízo. Os danos médicos indenizáveis podem abarcar quaisquer tipos, aceitos geralmente para qualquer modalidade de responsabilidade civil. Adquirem maior relevância, os danos físicos, visto que a atividade médica é exercida sobre o corpo humano, em suas diversas formas de tratamento médico-cirúrgico.¹⁴⁷

Os danos médicos podem ser físicos, materiais ou morais. Os danos físicos assumem maior importância, se comparados aos outros, os prejuízos corporais se constituem de elementos variáveis, indenizáveis separadamente, segundo a

¹⁴⁴ COORDENAÇÃO E SUPERVISAO DA EQUIPE, ATLAS. *Código de defesa do consumidor*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 26.

¹⁴⁵ COORDENAÇÃO E SUPERVISAO DA EQUIPE, ATLAS. *Código de defesa do consumidor*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 26-27.

¹⁴⁶ COORDENAÇÃO E SUPERVISAO DA EQUIPE, ATLAS. *Código de defesa do consumidor*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 26-30.

¹⁴⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 92.

gravidade do dano, seja parcial ou total, permanente ou temporária. Também o estado patológico do paciente deve ser levado em consideração, assim como o que o médico pretende atenuar ou curar, podendo resultar em agravado ou crônico caracterizando dano físico.¹⁴⁸

2.4.1 Configuração

O dano em geral, transcorre das atitudes humanas, sejam elas direta ou indireta “na falta de critérios objetivos, essa questão vem-se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade.”¹⁴⁹

Passadas as etapas da irreparabilidade do dano moral e da sua não cumulatividade com o dano material, corremos agora, o risco de entrar na fase da sua industrialização, onde o desgosto banal ou mera sensibilidade são exibidos como dano moral, em busca de indenizações milionárias.¹⁵⁰

2.4.2 Moral

O dano moral, à luz da Constituição vigente, é a agressão à dignidade humana. Que efeitos podem surgir daí? A primeira trata da própria configuração do dano moral. Se o dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para estabelecê-lo qualquer contrariedade.¹⁵¹

Só deve ser conhecido como dano moral a dor, vexame, sofrimento, ou humilhação que, fugindo à normalidade, afete intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar.¹⁵²

¹⁴⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 93.

¹⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 92.

¹⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 93.

¹⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 93-94.

¹⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.93-96.

Um mero aborrecimento, insatisfação, aflição, irritação ou sensibilidade exacerbada está fora do âmbito do dano moral, pois fazem parte dos parâmetros normais do nosso dia a dia, seja no trabalho, no trânsito, no mercado, ambiente familiar, se tais circunstâncias não forem intensas e duradoras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do cidadão, estão fora do dano moral.¹⁵³

Se assim não for o entendimento, acaba-se vulgarizando o dano moral, e causando no judiciário busca de indenizações por aborrecimentos corriqueiros.

Esses danos podem decorrer de ato culposos do médico originando o dever de indenizar. “Outra conclusão que se tira desse novo enfoque constitucional é a de que mero inadimplemento constitucional, mora ou prejuízo econômico não configura, por si só, dano moral, porque não agredem a dignidade humana”.¹⁵⁴

2.4.3 Material

O dano material é aquele que atinge o patrimônio do paciente, podendo ser avaliado financeiramente e reparado.

O art. 402 do CCB estabelece que o dano abranja, além do que a vítima efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. O lucro que a vítima perdeu seria o dano emergente, e o que ela deixou de lucra seria o lucro cessante.¹⁵⁵

Caracterizando-se o erro médico como uma infração contratual, caso haja um inadimplemento da obrigação, mesmo que parcial, ou mesmo naquelas eventuais situações em que venha a ser abordado como um ato ilícito civil faz surgir, este erro, para o médico, um dever, se esta for à decisão da lide jurídica, de ressarcir, o dano material, prejuízo patrimonial, ao qual deu causa. Além, é claro, do dano moral que porventura tenha causado em consequência do erro médico.

¹⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 93.

¹⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 94.

¹⁵⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.html>. Acesso em: 03 jun. 2014.

Os efeitos do ato ilícito podem repercutir não apenas de modo direto a vítima mas também sobre pessoa intercalar, possuidor da relação jurídica que é influenciada pelo dano não na sua matéria, mas em seu aspecto prático.¹⁵⁶

2.4.4 Estético

O dano estético exige que a lesão que danificou determinada pessoa seja duradora, se não for não poderá falar em dano estético propriamente dito, mas em atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira que se define em perdas e danos freqüente.¹⁵⁷

Se o médico culposamente causar dano estético ao paciente, deverá repará-lo, se comprovado sua culpa. Segundo a legislação no Brasil, só é parte legítima para requerer indenização à vítima da ofensa, da qual restou o dano.

Na França admite-se a possibilidade de terceiro pleitear a indenização por dano estético. Preza a estabilidade conjugal, por exemplo: marido fica abalado pela deformidade da esposa, ele pode pleitear a reparação, pois está vendo sua esposa deformada, ou seja, entende que ele foi acometido de traumas nervosos, caindo doente, daí surge o dever de indenizar. Outro exemplo: são os pais com filhos inválidos por causa de cirurgias mal sucedidas, que além do dano estético sofrem o dano moral.¹⁵⁸

2.5 Da relação de causalidade

“A relação de causalidade pode ser definida como laço que se estabelece entre dois fenômenos quando um deles deve sua existência ao outro.”¹⁵⁹ Podemos dizer que entre dois acontecimentos existe relação de causalidade quando um deles deve sua origem ao outro.

¹⁵⁶CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 114.

¹⁵⁷KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 94.

¹⁵⁸CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 95.

¹⁵⁹KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 97.

Deve haver uma ponte de ligação indispensável entre os dois, e essa ligação chama-se de nexo causal. “Se a vítima suporta o dano, mas não se evidencia o liame de causalidade com o comportamento do réu, improcedente será o pleito indenizatório.”¹⁶⁰ O réu não tem porque indenizar, porque não ficou comprovada ligação entre as partes .

A principal dificuldade para se estabelecer a relação de causalidade, quando o ato não é consequência de uma só causa claramente evidenciável, mas sim resultado da concorrência de múltiplos fatores.

As teorias penais explicam a causalidade. A teoria da equivalência das condições causais, explica que causa será toda condição que haja contribuído para resultado, em sua configuração concreta; teoria da causalidade adequada define causa condição da qual normalmente se deriva o resultado danoso.

Para que haja a exclusão do nexo causal devido à ocorrência de caso fortuito, o nexo causal deve estar intimamente relacionado com o dano; caso contrário, servirá apenas para atenuar a responsabilidade.

A culpa do prejudicado afeta a relação causal, excluindo-a, se foi decisiva para a produção do evento danoso, ou atenuando-a, em benefício do agente, se meramente contribui par o resultado, o que se traduz na redução indenizatória.¹⁶¹ “O tema, abordado, assume contornos nitidamente casuísticos.”¹⁶²

A doutrina majoritária assegura que os juízes devem decidir as questões ligadas à causalidade guiando-se por critérios que, em cada ação, levem à decisão mais justa, analisando todas as circunstancias, em vez de aplicar teorias abstratas.¹⁶³

¹⁶⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 97-99.

¹⁶¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 98.

¹⁶² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 99.

¹⁶³ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 97-101.

2.6 Diretrizes para a fixação do quantum indenizatório e a jurisprudência brasileira

Conforme normativa contida no art.1.538, CCB, no caso de ferimento ou outra lesão à saúde, o culpado indenizará o ofendido nas despesas de tratamento e lucros cessantes, até o fim do restabelecimento atualizado monetariamente o débito.¹⁶⁴

No mesmo sentido é o entendimento do STF, expresso na súmula 562. Também no art. 1.538, §2, do CCB, nos respalda de que se do tratamento médico resultar aleijão ou deformidade permanente, a soma indenizatória deverá ser duplicada. Pois leva em consideração as circunstancia do ofendido e a gravidade do defeito.¹⁶⁵

Resultando do tratamento depreciação para o trabalho ou diminuição da capacidade laborativa, além das despesas de tratamento e lucros cessantes, o texto normativo do art.1.539, do CCB, incluiu uma pensão correspondente à importância do trabalho que deixou inabilitado, ou prejudicado.¹⁶⁶

É complexo o arbitramento com relação ao *quantum* indenizatório, a reparação em caso de morte, o valor deve ter como objetivo amenizar a dor dos familiares, aliviar a decepção de não ter o ente querido, amenizar a sensação de solidão e desesperança. O juiz também deve considerar as condições socioeconômicas da família, as circunstancias do trágico acontecimento, a profundidade dos reflexos do precoce desaparecimento do seio familiar, e também as próprias características do evento danoso.¹⁶⁷

Após avaliar tais aspectos e mais aqueles que somente os casos concretos introduzem na presença do magistrado, o julgador designará, preferencialmente em salários mínimos, o valor dessa verba indenizatória.¹⁶⁸

¹⁶⁴ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html>. Acesso em: 03 jun. 2014.

¹⁶⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html>. Acesso em: 03 jun. 2014.

¹⁶⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.105.

¹⁶⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 108-109.

¹⁶⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 109.

“Outra maneira de se fixar o *quantum* compensatório do dano moral, consiste em se examinar, à luz da renda comprovada auferida pela vítima, quando seria razoável supor-se que poderia pagar, mensalmente se estivesse aderido a um grupo de seguro de vida e acidentes pessoais.”¹⁶⁹

Quanto à estipulação da pensão alimentícia, admite-se, de início, que dos rendimentos obtidos pelo o chefe de família, um terço é consumido com suas próprias despesas. A pensão mensal, portanto será de dois terços da renda comprovada da vítima, na data do evento. Para os assalariados, mister computar-se o 13^o salário, que pode ser dividido em 12 parcelas, acrescentando-se duodécimo à remuneração mensal. A pensão sempre será expressa, na sentença, em número certo de salários mínimos, sobre os quais incidem os aumentos, evitando-se assim complexos cálculos de atualização e outros inconvenientes.¹⁷⁰

O art. 475-Q do CPC, que deu nova disciplina à matéria anteriormente tratada pelo o art.602, do mesmo código, autoriza ao juiz ordenar ao devedor a constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. Esse capital poderá ser representado por imóveis, título de dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial; poderá ser substituído por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado pelo juiz.¹⁷¹

Esse benefício, ou forma de execução de pensionamento, restabelecida pela Lei n.11.252, tem a grande vantagem de evitar que a empresa desfalque o seu capital, imobilizando grandes valores, com indiscutível sacrifício para o seu regular funcionamento. À toda evidência, exigirá do juiz redobrada cautela, conforme tem ponderado o Superior Tribunal de Justiça. Por isso a cautela recomenda a constituição de um capital, ou a prestação de uma caução fidejussória, para garantia do recebimento das prestações de quem na causa foi exitoso.¹⁷²

¹⁶⁹KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 109.

¹⁷⁰KFOURI NETO, Miguel. *responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.113.

¹⁷¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 139.

¹⁷²CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 139-140.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS: UM OLHAR CRÍTICO PARA O TRATAMENTO DISPENSADO PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Do ponto de vista de Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza, “A responsabilidade civil médica é, pois, a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício de sua profissão”¹⁷³ nesse sentido, podemos entender que a responsabilidade civil dos hospitais é, a obrigação que tem a instituição hospitalar de indenizar um dano porventura causado a terceiros, no exercício das atividades hospitalares dentro de suas instalações por seus prepostos.

Alguns tribunais têm se pronunciado através de acórdão, como é o caso do STJ, que hospital não poderá ser penalizado a indenizar, se o médico causador do dano não for seu preposto, e se o fornecimento de seus serviços não gerou dano. Existe uma necessidade de delimitar a culpa dos prestadores de serviços em cada caso a ser analisado, por parte dos profissionais do direito, e com base nessa delimitação discute-se o defeito.

O hospital só pode ser condenado tendo em vista a prestação dos serviços defeituosos fornecidos por seus funcionários, e o corpo clínico do hospital é aberto. “Contudo, uma vez demonstrado o defeito na dita prestação, mesmo que a instituição tenha adotado todos os cuidados possíveis, dispensa-se a discussão de culpa na ocorrência do defeito, já que a responsabilidade, aqui sim, é objetiva”.¹⁷⁴ Mas

¹⁷³ COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e Hospitalar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p27.

¹⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n. 70048073175. Apelante aduz ter sofrido fratura exposta em acidente de trabalho, quando realizava entregas. Foi levado para pronto socorro do hospital onde foi tratado com omissão, negligência, e imprudência por parte do médico que lhe atendeu. Sustentou que o hospital não realizou cirurgia no momento oportuno e que o tratamento foi omissivo e inadequado. Houve unanimidade em negar provimento à apelação. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelante: José Eduardo Seibert Gutierrez. Apelado: Café Colonial Bela Vista, Município de Porto Alegre, Alcindo Fabrício de Moraes, Miguel Martins, Hospital Independente Complexo Ulbra, Carlos Augusto Koetz e Hospital Nossa Senhora das Graças. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Brasília, 19 de abril de 2012. Disponível em: <WWW.tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22010688/apelacao-civel-ac-70048073175-rs-t.html>. Acesso em: 2 out. 2014.

se ficar provado que não houve defeito no serviço, não há no que se discutir responsabilidade objetiva.

3.1 O problema: a falta de um padrão hermenêutico e a necessidade improrrogável de se fixar pontos interpretativos seguros sobre o tema

A doutrina e os operadores do direito divergem muito quando o assunto é responsabilidade civil dos hospitais, e a prova dessa afirmativa é percebível nos votos proferidos nos acórdãos, em regra a maioria entende que o hospital responde objetivamente, aplicam a teoria do risco, mesmo quando estão diante de provas que beneficiam o hospital, por entender que o médico era preposto do nosocômio.

O cenário hospitalar atual necessita de um olhar detalhista, cabível antes e depois da aplicação da sentença. É aconselhável que na fase instrutória do processo, haja uma investigação por parte do judiciário para se averiguar se existe ou não, vínculo de preposição entre hospital e o médico; se aquele médico envolvido no processo tem clínica dentro daquela instituição hospitalar; se o corpo clínico do hospital é aberto; se apenas o corpo diretório do nosocômio é preposto; se existe algum contrato de prestação de serviços, ou locação entre médico e hospital; se existe algum tipo de subordinação entre nosocômio e médico; se a falha no serviço ocorre no serviço prestado pela instituição de saúde; ou exclusivamente pelo os serviços médicos; ou seja, examinar de uma forma aprofundada essa relação comercial entre as partes.

Depois dessa análise, começaria uma segunda fase, que seria à aplicação da norma mais adequada, momento em que se definiria o cabimento do CCB, ou CDC, tendo em vista que o CDC, é o sistema aplicado para responsabilidade objetiva, conforme texto estabelecido em seu art. 14, §único do CDC, e CCB mais propenso a responsabilidade subjetiva, mas utilizado de forma subsidiária.

Esse filtro deveria ser feito em todos os processos que tivesse como objeto a responsabilidade civil, independente de tratar da relação dos hospitais e médicos, dessa forma ficaria mais fácil identificar quem realmente é parte legítima para responder pelos os supostos danos causados ao paciente.

3.2 Responsabilidade civil dos hospitais e posições a respeito: um juízo comparativo entre as opiniões formadas pelos doutrinadores brasileiros

O entendimento de Aguiar Dias, é que o hospital só responde objetivamente pelos atos dos médicos que compõe e administram seu corpo diretório, e dos médicos que são seus empregados, não responde pelos os médicos que buscam as instalações do hospital para realizar os procedimentos cirúrgicos de seus pacientes. Em relação aos médicos que compõem o corpo clínico aberto do hospital, que não são assalariados, é preciso fazer uma separação, tentar saber se o paciente buscou esse médico sozinho ou se o hospital indicou, e se ali na instituição foi atendido, porque se o hospital indicou o médico ao paciente, este responde pelo o ato culposos do profissional, se não indicou, não responde ¹⁷⁵

Na mesma linha de pensamento de Aguiar, também é o posicionamento de Gonçalves, ele afirma que se o médico tem vínculo com o hospital este responde objetivamente, nos termos do art.14, caput, CDC, se não houver, se médico apenas utilizar o espaço do hospital para internar seus pacientes particulares, o hospital só responde pelos seus erros, ou seja, erros cometidos por seus prepostos. ¹⁷⁶

Nesse sentido também segue KFOURI NETO, ele esclarece que se do serviço de hotelaria, serviços de enfermagem, fornecimento de matérias, e medicamentos, decorrem lesão ao paciente, o hospital responderá objetivamente na forma do CDC, mas se o dano adveio exclusivamente do ato do médico, sem participação do hospital, inexistente vínculo de preposição entre eles, e responderá somente o médico por seus atos. ¹⁷⁷

Diniz por sua vez, reforça que o caráter da responsabilidade dos diretores dos hospitais é semelhante à do hoteleiro, compreendendo deveres de assistência médico hospitalar e de hospedagem, ou seja, responde pelos os fatos danosos cometidos pelos seus funcionários assalariados. Mas o hospital não responde pela falta

¹⁷⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil dos médicos. *Revista jurídica*, São Paulo, n. 231, p. 132 -133.

¹⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*: De acordo com o novo código civil (Lei N.10.406, de 10-1-2002). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 370.

¹⁷⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*: Código civil e código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 110.

de técnica do médico, que não sendo preposto ou empregado seu, agiu na atividade de sua profissão, logo o dever de indenizar é do médico, em consonância com norma do art.951, do CC.¹⁷⁸

Para Cavalieri Filho, tendo em vista que o hospital só vai responder quando o evento transcorrer de defeito do serviço, para afastar a sua responsabilidade, basta o nosocômio provar que não houve defeito na prestação do serviço que foi de competência.¹⁷⁹ Portanto, é perceptível no entendimento doutrinário que mesmo com a normativa do art.14 do CDC, que estabelece responsabilidade objetiva solidária, têm prevalecido por parte dos doutrinadores com relação aos hospitais, que para reparar danos decorrentes das atividades hospitalares, estas deverão ser provenientes de suas atividades, ou seja, de exploração empresarial.

3.3 O tema em questão e a jurisprudência: linhas decisórias estabelecidas pelas cortes de justiça brasileiras

Quando se analisa os acórdãos proferidos pelos tribunais, cujo objeto trata-se de responsabilidade civil dos hospitais, percebemos claramente que ainda não temos no Brasil um entendimento predominante sobre o assunto, embora todos os votos estejam muito bem fundamentados, os operadores do direito ainda divergem muito na hora de aplicar a responsabilidade civil ao hospital, no sentido de definir, se para aquele caso concreto é cabível a responsabilidade civil objetiva, ou subjetiva.

Observa-se que o maior número de decisões ainda são desfavoráveis aos hospitais, ou seja, tem prevalecido o entendimento da responsabilidade civil objetiva, independente de culpa, indicando o § 1 do art.14, do CDC.

¹⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 347.

¹⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 450.

3.3.1 Os tribunais ordinários e as principais posições formadas

O maior número de acórdãos proferidos com decisões desfavoráveis aos hospitais é prolatado pelos tribunais ordinários.

As instituições hospitalares geralmente só conseguem reverter essas decisões em instâncias superiores, ou seja, nas cortes de superposição. O entendimento desses tribunais ainda é muito voltado para o direito consumerista, tem como fundamento jurídico o CDC, ou seja, o hospital responde independente de culpa.

Os tribunais ordinários são bem incisivos em reconhecer que a responsabilidade do hospital é objetiva, mesmo nos casos de serviços médicos, cuja culpa tem natureza subjetiva.¹⁸⁰

A jurisprudência do TJDFT tem reconhecido como objetiva a responsabilidade civil dos hospitais, sendo relevante destacar um trecho da ementa e do voto do Desembargador Lecir Manoel da Luz, proferido no acórdão. “É inquestionável a existência de relação de consumo, considerando que o apelado, como paciente do hospital apelante, é o destinatário final dos serviços de saúde fornecido pelo hospital”.¹⁸¹ O entendimento do tribunal à luz dessa afirmativa é bem claro, a

¹⁸⁰ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência*. 2.ed.São Paulo: Atlas, 2013.p.138-139

¹⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território. *Apelação Cível Rec.20090111327102-(566737)*. 1.É inquestionável a existência de relação de consumo na hipótese, considerando que o apelado, como paciente do hospital apelante, é o destinatário final dos serviços de saúde fornecidos por este nosocômio, conforme definição do Código de Defesa do Consumidor. 2. Os hospitais respondem objetivamente pelos os danos causados a seus pacientes, ficando ressalvado o direito de regresso destes em desfavor dos profissionais responsáveis, cuja responsabilidade é subjetiva. 3. Na fixação da indenização por dano moral, o magistrado deve avaliar e sopesar a dor do ofendido, proporcionalmente-lhe adequado conforto material como forma de atenuar o seu sofrimento, sem, contudo, deixar de atentar para as condições econômicas das partes. Correto, ainda que a compensação pelo prejuízo não resulte em obtenção de vantagem indevida. Não pode ademais, ser irrisória, posto que visa coibir a repetição de comportamento descompromissado. Ademais, predomina a teoria do desestímulo, que tem como princípio a medida preventiva e de desestímulo a repetição de comportamento semelhante ao que gerou o constrangimento de ordem moral. 4. Acerca dos danos estéticos e materiais não merecem reparos AR. Sentença Apelada, considerando que a quantia foi arbitrada de forma razoável e de acordo com a orientação legislativa pertinente para reparação dos danos experimentados a este título pelo apelado. 5. “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (Súmula 54, STJ), e, de igual forma, “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”(Súmula 37, STJ).6. “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual” (Súmula 54, STJ). *Rec.20090111327102- Ac.566737*.Primeira Turma. Apelante:Fundação Zerbini do Instituto do

responsabilidade de indenizar é do hospital, porque ele deve responder objetivamente pelos danos causados em suas dependências, ficando facultado posteriormente o direito de regresso do médico, que por sua vez, responde de forma subjetiva.

3.3.2 A compreensão sedimentada pelas cortes de superposição: os marcos hermenêuticos mais importantes

Nas cortes especiais o entendimento majoritário sobre relacionamento entre o hospital e paciente, é que esse se estabelece em uma relação de consumo. Na eventualidade de falha na prestação do serviço fornecido pelo hospital, esse responde de acordo com as normas do CDC, e subsidiariamente as do CCB. Essa percepção é visível quando analisamos os fundamentos dos acórdãos que tratam da responsabilidade civil do hospital.

Quando a falha no serviço envolve prestação do serviço médico, o entendimento é no sentido de que, o hospital responde pelos atos profissionais dos seus prepostos, bem como pelos atos dos médicos que sejam seus empregados, assim como pelos serviços disponibilizados pela instituição como, por exemplo: defeito nos equipamentos, medicação, serviço de hotelaria, transporte, serviços de enfermagem, e outros serviços auxiliares.¹⁸²

É possível isentar o nosocômio desde que comprove a ocorrência de uma das excludentes normatizada no art.14, §3, CDC, que são, inexistência do defeito no serviço, e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O ponto de divergência nos tribunais tem sido em que situação configura preposição do médico, pois mesmo em decisões nos tribunais de super posição a

Coração de São Paulo. Apelado: Daniel Leite Tiburcio. Relator: Des.Lecir Manoel da Luz. Brasília, 24 de outubro de 2013. Disponível em:<http://www.lexml.gov.br/urn:lexbr;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.ter.>>Acesso em: 8 de outubro de 2014.

¹⁸² MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 138-139

compreensão desse tema tem desencadeado divergência, pois a percepção de vínculo empregatício entre médico e hospital, ainda não é bem definida dentro dos tribunais.

O STJ através do voto do Min. Rer. Aldir Passarinho Junior, reconheceu que o hospital não tinha obrigação de indenizar o paciente, quando analisou o caso em que o recorrente postulava a reparação em face de cirurgia mal sucedida de vasectomia realizada no autor, que culminou com a gravidez da autora.¹⁸³

“O ato médico que conduziu a realização da vasectomia, foi contratado diretamente com o profissional da medicina, sem qualquer tipo de intervenção do estabelecimento de saúde que possa justificar uma responsabilidade solidária”¹⁸⁴

Segundo relato do próprio autor após o procedimento cirúrgico ele ficou três dias internados no hospital, e dessa estadia ele não alegou defeito no serviço, dessa forma o entendimento do tribunal foi que o recorrente se obrigou a prestar serviços hospitalares e não serviços médicos, e para configurar a responsabilidade objetiva do hospital a falha teria que ocorrer no serviço fornecido pelo o hospital.¹⁸⁵ Nesse sentido decidiu a quarta turma do tribunal, quanto à responsabilidade hospitalar.

Nessa linha as cortes de super posição tem decidido as demandas hospitalares no tocante a responsabilidade hospitalar.

3.4 Recortes jurisprudenciais: análise de julgamentos alusivos à responsabilidade civil dos hospitais

Através dos recortes jurisprudenciais em análise, observamos o cenário em que os hospitais privados vivenciam na atualidade. Quando assunto é

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 764001 PR 2005/0108623-0. Quarta turma. Min: Rel. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 15 de março de 2010. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca.com.br.html> Acesso em: 10 out. 2014.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 764001 PR 2005/0108623-0. Quarta turma. Min: Rel. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 15 de março de 2010. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca.com.br.html> Acesso em: 10 out. 2014.

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 764001 PR 2005/0108623-0. Quarta turma. Min: Rel. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 15 de março de 2010. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca.com.br.html> Acesso em: 10 out. 2014.

responsabilidade civil dos hospitais, os tribunais são tendenciosos a aplicação da responsabilidade objetiva, conforme estabelece o art.14, *caput* do CDC.

3.4.1 Recurso: Recurso Especial n.866.371-RS (2006/0063448-5), Tribunal: Superior Tribunal de Justiça, Turma: Quarta, Relator: Ministro Raul Araújo, Data do Julgamento: 27/03/2012

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL RECONHECIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde, não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, se for o caso.

2. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço.

3. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa.

4. Tendo em vista as peculiaridades do caso, entende-se devida a alteração do montante indenizatório, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios.

5. Recurso especial provido.¹⁸⁶

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 866.371-RS(2006/0063448-5). Quarta turma. Min: Rel. Raul Araújo. Brasília, 27 de março de 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br/html>. Acesso em: 06 de out.2014.

Nessa decisão o Superior Tribunal de Justiça, se pronunciou favorável ao hospital, em acórdão relatado pelo Min. Raul Araújo, por entender que não havia vínculo entre a médica que realizou a cirurgia para retirada do ovário da paciente e, o hospital.

Essa ação foi julgada improcedente em primeira instância, por que a prova pericial não foi acolhida, não continha elementos suficientes que comprovasse erro médico. Em sede de recurso o STJ entendeu que o hospital não poderia ser penalizado pelo o ato da médica, e a corte reformou a sentença condenando a médica a reparar o dano moral sozinha.

3.4.2 Recurso Cível: Apelação n. 70048073175, Tribunal: Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul, Turma: Nona Câmara Cível, Relator: Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, Data do julgamento: 19/04/2012

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS HOSPITAIS MITIGADA PELA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS (MÉDICOS) QUE NELES ATUAM. Em caso de responsabilidade civil de hospitais e clínicas médicas em geral, por ato de seus prepostos, embora a pessoa jurídica tenha culpa objetiva, deve ser feito exame da conduta do profissional sob a ótica da responsabilidade subjetiva. Isso porque a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos e enfermeiros que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio,...¹⁸⁷

O objeto dessa apelação é a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por suposto erro médico, ocorrido nas dependências dos nosocômios dos réus.

O autor alega que foi vítima de erro médico, e que o referido erro se fundiu na negligência e imprudência dos médicos, que conduziram o tratamento da

¹⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n. 70048073175, Nona câmara cível. Des. Rel. Tasso Caubi Soares Delary. Porto Alegre, 19 de abril de 2012. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca.com.br.html> Acesso em: 05 out. 2014.

fratura exposta apresentada pelo o autor, que segundo ele, por causa desse mau tratamento adquiriu osteomielite, e em decorrência desta contraiu deformidades físicas e psicológicas.

O entendimento do tribunal foi favorável aos hospitais, pois o autor afirma que contraiu osteomielite em razão exclusiva do mau atendimento que lhe foi prestado pelos médicos nas dependências dos hospitais réus; em nenhum momento ele alega que houve má prestação de serviços por parte dos hospitais, como falha na hotelaria, ou infecção hospitalar.

Tendo em vista essas afirmativas, o tribunal analisou a relação médico, hospital, paciente, e entendeu que não caberia atribuir responsabilidade objetiva aos hospitais, porque o fato decorreu exclusivamente de serviços médicos. No mais as provas técnicas apresentadas pelos os réus foram suficientes para demonstrar a ausência de culpa dos médicos. Os desembargadores foram unânimes em negar provimento à apelação.

3.4.3 Recurso Cível: Recurso Especial, n.908359-SC 2006/0256989-8, Tribunal: Superior Tribunal de Justiça, Turma: Quarta, Relator: Mista Nancy Andrichi, Rel.p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, Data do Julgamento: 27/08/2008

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento.

Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico,

fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva.

No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.

3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.

4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido.¹⁸⁸

Esse acórdão trata-se do recurso especial interposto pelo hospital, com fundamentos no art.105, inciso III, alínea “a” e “c” da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

A autora ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra o nosocômio, alegando que foi submetida uma cirurgia de varizes na perna esquerda e que, e em virtude de imperícia, seus nervos foram lesionados.

Em primeiro grau a sentença foi desfavorável ao hospital, o juiz entendeu que como o hospital se beneficiou do procedimento, porque obteve lucro com o seu faturamento, era legítimo na ação, mesmo o hospital tendo argüido em preliminar a ilegitimidade.

Interposto apelação pelo o hospital o tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, ou seja, apenas fixou o prazo para findar o pagamento da pensão. O hospital interpôs REsp alegando que não pode responder solidariamente com médico, pois este não faz parte de seu corpo clínico, apenas locou o seu espaço para realização do procedimento cirúrgico.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 908359-SC 2006/0256989-8. Quarta turma. Min. Rel. Nancy Andrighi. Brasília, 27 de agosto de 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br/html>. Acesso em: 03 de out.2014.

O hospital sustentou que o Art.14, do CDC, não seria aplicável porque os supostos danos causados ao paciente não foram decorrente da prestação de serviços hospitalares, e sim dos serviços médicos.

A relatora desse REsp foi a Mista Nancy Andrighi, e seu entendimento foi fundamentado nos mesmos argumentos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ou seja, o hospital deveria responder pelos atos do médico, só que seu voto foi vencido, e o Ministro João Otávio de Noronha assumiu o relato do acórdão.

3.4.4 Recurso Cível: Apelação, n.00169259220078190205 RJ 0016925-92.2007.8.19.0205, Tribunal: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Turma: Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Desembargador Heleno Ribeiro Pereira Nunes, Data do Julgamento: 15/01/2013

DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL PARTICULAR. ERRO MÉDICO. DANO E MORAL. 1) Os Hospitais se inserem na classe de fornecedores de serviços, no caso, de saúde, por isso que, como tal, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, nos termos do art. 14 da Lei nº 8,078/90 (Código de Defesa do Consumidor), com fundamento no "fato do serviço", eximindo-se de responsabilidade se provar que o evento danoso não teve por causa um defeito no serviço prestado. 2) De acordo com a conclusão do laudo pericial produzido nos autos, o quadro clínico apresentado pela falecida irmã da autora à época dos fatos (obstrução intestinal) era grave, sendo, nestes casos, recomendado tratamento cirúrgico de urgência, o que não ocorreu na espécie, uma vez que o nosocômio não dispunha de corpo cirúrgico para atendê-la. 3) Conforme destacado pelo perito do Juízo, se o tratamento cirúrgico tivesse sido ministrado desde logo, e não 48 horas depois de a enferma dar entrada no estabelecimento do primeiro réu, poder-se-ia ter evitado o desfecho fatal, garantindo uma sobrevida à paciente. 4) Assim, dúvida não há que a demora na prestação do atendimento adequado importou intenso abalo psicológico à autora, a qual acompanhou de perto o sofrimento de sua falecida irmã, que padecia de quadro agudo de obstrução intestinal. 5) Levando-se em linha de conta o que preconizam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, basilares que devem nortear o julgador na árdua tarefa de quantificar o dano moral, bem como o patamar que vem sendo observado por este relator em hipóteses deste jaez, é de se compreender como insuficiente o montante de R\$10.000,00(Dez mil reais) estabelecido pelo sentenciante de piso, impondo-se, neste particular, o acolhimento do primeiro recurso, interposto pela parte autora, para se majorar o quantum indenizatório para R\$ 20.000,00 (Vinte mil reais). 6) Embora a jurisprudência, sobretudo do E. STJ, seja firme no sentido de se reconhecer a

responsabilidade de empresas mesmo grupo econômico pelos danos causados aos consumidores de boa-fé que com elas contrataram, importa considerar que tal orientação, que prestigia a teoria da aparência, tem sua gênese nas situações em que o consumidor encontra dificuldade em identificar o efetivo responsável pelo dano sofrido, porque induzido a pensar que está contratando com uma única pessoa jurídica, o que não é o caso em exame, vez que a pessoa jurídica responsável pelo estabelecimento hospitalar no qual foi prestado o atendimento deficitário à falecida irmã da autora figura nos autos como primeiro réu e deverá suportar a condenação ora imposta. 7) No que tange ao terceiro réu, ao contrário do que imagina a autora, senão por valores meramente humanísticos, aquele não tinha o dever profissional de prestar atendimento médico de urgência a sua falecida irmã, sendo que para tanto existem unidades de saúde para assistências emergenciais, mormente considerando que, desde agosto do ano anterior ao da ocorrência dos fatos narrados na inicial, o referido profissional não mais prestava serviço médico à referida enferma. 8) Do mesmo modo, não há como atribuir qualquer responsabilidade ao quarto réu pelo infortúnio da referida enferma, porquanto sequer integra o corpo cirúrgico do Hospital em cujas dependências aquela faleceu, e que lá se encontrava na qualidade de médico particular, para realizar procedimento cirúrgico em paciente seu, quando foi instado pelo hospital para assumir o caso, razão pela qual realizou o procedimento cirúrgico emergencial, não havendo, neste particular, qualquer notícia de que tenha obrado com culpa para o trágico desfecho. 9) Impõe-se, de ofício, sanar o erro material contido na sentença, que reflete contrariedade ao disposto no art. 20, § 3º, do CPC, e, sem dúvida, não corresponde à real vontade do juiz prolator do referido julgado, para estabelecer que o valor dos honorários de sucumbência devidos pelo primeiro réu à parte autora deve corresponder a 10% sobre o valor da condenação. 10) Provimento parcial do primeiro recurso. Segunda apelação a qual se nega provimento. Erro material na sentença que se corrige, de ofício. Recurso especial conhecido e provido.¹⁸⁹

Nesse caso em análise a responsabilidade aplicada ao hospital foi objetiva, o tribunal entendeu que o hospital era responsável pelos atos praticados pelo médico. Mesmo não mencionado nenhum tipo de preposição entre médico e hospital. O relator acolheu as informações adquiridas através do laudo pericial que relata que o médico deveria ter realizado a cirurgia em tempo inferior ao efetuado. Ou seja, aqui a norma predominante foi art. 14, do CDC.

¹⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível n. 00169259220078190205 RJ. Décima oitava turma câmara cível. Des. Rel. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Rio de Janeiro, 15 de janeiro de 2013. Disponível em: www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca.com.br.html> Acesso em: 2 out. 2014.

3.4.5 *Recurso Cível: Apelação, n.0039751841997850001 BA 0039751-84.1997.8.05.0001, Tribunal: Tribunal e Justiça da Bahia, Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível, Relator: José Olegário Monção Caldas, Data: 22/11/2013*

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS MOVIDA CONTRA HOSPITAL. SUPOSTO ERRO MÉDICO. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A AÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS DO FATO ALEGADO NA INICIAL. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE A CONDUTA CAUSADORA DO DANO FORA OCASIONADA PELO RÉU/APELADO. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL. DECISUM MANTIDO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Inteligência do art. 333 do CPC.

II - Para caracterização do dever de indenizar faz-se necessária à verificação dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta, o dano ou prejuízo, o nexó etiológico (relação de causalidade) e, por fim, nos casos em que a responsabilidade não for objetiva, a culpa.

III - A prova do dano moral resulta de dor, sofrimento, e lesão aos sentimentos íntimos. Já os danos materiais representam o efetivo desfalque no patrimônio da vítima, devendo ser comprovada cabalmente.

IV - A comprovação da conduta praticada pelo agente ofensor deve ser clara e bem fundamentada, sob pena do instituto da indenização ser transformado numa indústria de enriquecimento ilícito.

V - Improcedentes devem ser os pedidos de indenização, na ausência de prova cabal do dano, da culpa e do nexó etiológico, que traduz os pressupostos do dever de indenizar. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.¹⁹⁰

Na ementa do acórdão em análise, o dano apresentado pela apelante é decorrente da atividade médica, não é originária da internação em si, por esse motivo não podemos imputar responsabilidade ao hospital. Em regra o ônus da prova é de quem incumbe, cabendo a paciente provar que houve dano causado pelo médico e que este é preposto da instituição, ou que houve falha no serviço fornecido pelo o hospital.

Nesse caso específico como não houve provas de fato contra o hospital, não há no que se alegar obrigação indenizatória.

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação cível n. 0039751841997850001. Quarta câmara cível. Des. Rel. José Olegário Monção Caldas. Salvador, 22 de novembro de 2013. Disponível em: www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca.com.br.html> Acesso em: 01 out. 2014.

3.4.6 Recurso Cível: Recurso Especial n.1.184.128-MS, Tribunal: Superior Tribunal de Justiça, Turma: Terceira, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data: 08/08/2010

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL; 2) CULPA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - 3) TEORIA DA PERDA DA CHANCE - 4) IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DA PROVA PELO STJ - SÚMULA 7/STJ 1.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 3.- Recurso Especial do hospital improvido.¹⁹¹

Nesse caso a responsabilidade civil do hospital foi objetiva, ele respondeu pelos os atos do médico praticados em suas dependências, por o tribunal entender que houve responsabilidade do médico na modalidade culposa.

O pronunciamento do tribunal foi no sentido de que, se a paciente buscou atendimento no hospital, independente do médico manter ou não vínculo com hospital, esse responde pelos atos do profissional que lá encontrava-se. Ou seja, nesse caso não foi analisada a relação médico paciente, mas apenas o dano sofrido pelo paciente. A responsabilidade aqui prevalecida foi à objetiva, não exigindo do paciente a comprovação da culpa do hospital, somente a prova do dano e do nexo causal.

3.4.7 Recurso Cível: REsp n.351.178/SP, Tribunal: Superior Tribunal de Justiça, Turma: Segunda Seção, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data: 28/03/2012, DJe 31/05/2012

RECURSO ESPECIAL. DENUNCIAÇÃO À LIDE. MÉDICA PLANTONISTA QUE ATENDEU MENOR QUE FALECEU NO DIA SEGUINTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O HOSPITAL.

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.184.128-MS. Terceira turma. Min. Rel. Sidnei Beneti. Brasília, 08 de agosto de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br/html>. Acesso em: 03 de out.2014.

DENUNCIAÇÃO DA MÉDICA À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. SERVIÇO DE EMERGÊNCIA. RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO DO MÉDICO COM O HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. PRODUÇÃO DE PROVAS QUE NÃO INTERESSAM AO PACIENTE. CULPA DA MÉDICA. ÔNUS DESNECESSÁRIO. 1. A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade do profissional plantonista, havendo relação de preposição entre o médico plantonista e o hospital. Precedentes. 2. O resultado da demanda indenizatória envolvendo o paciente e o hospital nada influenciará na ação de regresso eventualmente ajuizada pelo hospital contra o médico, porque naquela não se discute a culpa do profissional. 3. Qualquer ampliação da controvérsia que signifique produção de provas desnecessárias à lide principal vai de encontro ao princípio da celeridade e da economia processual. Especialmente em casos que envolvam direito do consumidor, admitir a produção de provas que não interessam ao hipossuficiente resultaria em um ônus que não pode ser suportado por ele. Essa é a ratio do Código de Defesa do Consumidor quando proíbe, no art. 88, a denúncia à lide. 4. A culpa do médico plantonista não interessa ao paciente (consumidor) porque o hospital tem responsabilidade objetiva pelos danos causados por seu preposto; por isso, é inviável que no mesmo processo se produzam provas para averiguar a responsabilidade subjetiva do médico, o que deve ser feito em eventual ação de regresso proposta pelo hospital. 5. A conduta do médico só interessa ao hospital, porquanto ressaltado seu direito de regresso contra o profissional que age com culpa. De tal maneira, a delonga do processo para que se produzam as provas relativas à conduta do profissional não pode ser suportada pelo paciente. 6. Recurso especial conhecido e não provido.¹⁹²

A responsabilidade aqui imputada ao hospital foi objetiva, pelo fato do médico ter assistido o paciente no Pronto Atendimento do nosocômio, aqui o hospital pleiteia que o médico seja denunciado à lide, já que esse responde subjetivamente, ou seja, depende de culpa, fundamento obrigatório para indenizar.

O pleito do hospital foi indeferido, o tribunal entendeu que a conduta do médico só interessa ao hospital e não ao paciente, mas se o médico não tiver a oportunidade de se defender, nos mesmos autos em que está demandado o hospital, as chances de essa instituição ser condenada e, ter que arcar com o ônus é muito maior, porque quem responde subjetivamente é o médico, não é o hospital, na maioria dos casos o hospital só consegue absolvição porque o médico consegue comprovar que não teve culpa e, não houve nexo causal.

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 351.178/SP. Segunda Seção. Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 31 de maio de 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br/html>. Acesso em: 03 de out.2014.

3.5 Críticas aos posicionamentos consolidados pelos tribunais brasileiros: a síntese

Através desses poucos julgados observa-se que a nossa jurisprudência ainda não se consolidou num determinado sentido quanto à responsabilidade civil hospitalar, entende-se que diante dos inúmeros casos que são levados até o judiciário brasileiro, já seria à hora de termos esse tema pacificado.

A cada julgado observamos que os entendimentos dos operadores do direito divergem muito, através das sentenças proferidas nos processos, percebe-se que em algumas regiões do Brasil o judiciário tem um entendimento e, em outras o entendimento é oposto, essa discrepância gera uma instabilidade entre as partes, e uma falta de confiança por parte da população no judiciário.

Essa insegurança jurídica afeta não somente a vida social das pessoas, mas acaba refletindo no sistema financeiro do país, pois como o risco envolvendo as atividades hospitalares é grande, o custo para manter essas instituições que atuam com atividades de riscos fica muito alto, e por esse motivo fica cada vez mais caro o acesso a saúde fornecida pelas entidades privada, e dessa forma um número cada vez menor consegue se beneficiar com a assistência médica hospitalar privada.

Diante desse cenário, o número de pessoas em busca da rede hospitalar pública aumenta, e como o Sistema Único de Saúde não comporta a demanda, acaba por si tornar cenário propício para ações judiciais, porque a probabilidade de falha no serviço aumenta bastante.

A realidade observada atualmente é que os operadores do direito têm “procurado fundamentar a responsabilidade da idéia de culpa, mas, sendo esta insuficiente para atender às imposições do progresso, tem o legislador fixado os casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de reparar”.¹⁹³ Que são as responsabilidades objetivas que independente da culpa o agente responde.

¹⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 760.

3.6 Expectativas sobre o tratamento dispensado ao instituto da responsabilidade civil das entidades hospitalares: pontos a serem revistos pela doutrina e jurisprudência: considerações

Que haja uma uniformização do entendimento da responsabilidade civil quando as instituições hospitalares, que os mesmos meios de prova fornecidos aos médicos, também sejam facultados aos hospitais, principalmente no tocante a perícias.

Mesmo quando os hospitais estiverem enquadrados nos requisitos determinantes de responsabilidade civil objetiva, observar de uma forma crítica o cenário que ocorreu o suposto dano. Os operadores do direito devem analisar cada caso de uma forma peculiar, sem generalizar a aplicação objetiva para todos os casos pertinentes aos hospitais.

Como assegura Cavalieri Filho, após edição do CDC, o nosso direito não tem o mínimo apego pela a cláusula de não indenizar, ele não exonera o devedor da obrigação, ou da responsabilidade, apenas o dispensa da reparação do dano, ou seja, das consequências do inadimplemento.¹⁹⁴ Não pleiteia-se a negligência, a imprudência, a imperícia, a má-fé, em detrimento dos hospitais, mas uma conduta diferente por parte dos operadores do direito na ora de julgar as demandas contra as instituições hospitalares.

Buscar ampliar a forma de analisar a obrigação de reparar os danos decorrentes das atividades médicas hospitalares, já que a medicina não é ciência exata.¹⁹⁵ É importante mencionar que a recuperação do paciente clínico ou cirúrgico, muitas vezes independe do médico, estando relacionado unicamente ao próprio paciente, ou seja, o seu organismo pode reagir de maneira negativa ou positiva ao tratamento, nesse caso não se pode alegar erro médico, nem imputar responsabilidade ao hospital.

Que as instituições hospitalares respondam apenas dentro do limite comprovado de sua culpa. Que seja feita uma análise mais precisa sobre o vínculo do

¹⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 598.

¹⁹⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 307.

médico com hospital, que relação de preposição entre médico e hospital não seja auferida a qualquer profissional que lá exerça sua profissão, mas apenas aos médicos que tenha realmente vínculo empregatício com o nosocômio.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por proposta analisar a Responsabilidade Civil dos hospitais no âmbito dos procedimentos médicos, para entender o posicionamento dos tribunais no momento da aplicação da Lei, quando por sua vez, o objeto em análise é a assistência médica dentro dos estabelecimentos hospitalares.

O objetivo inicial foi estudar a relação do médico com o hospital, saber como é constituída essa relação na atualidade, e os impactos dessa relação na estadia, ou seja, período pós-operatório do paciente, dentro das dependências do nosocômio.

Em um segundo momento buscou-se analisar se aplicação da responsabilidade imputada ao médico, seja ela, a responsabilidade civil subjetiva, se aplicaria também ao hospital, ou apenas a responsabilidade objetiva, aplicada em seu maior número na atualidade.

Com essa pesquisa observou-se que, poucos são os médicos que tem vínculo com os hospitais, em sua maioria eles utilizam apenas o espaço físico e meios tecnológicos que instituição oferece, para realizar os procedimentos cirúrgicos em seus pacientes.

Esses profissionais por sua vez, não compõem o corpo diretório do hospital, e não recebem nenhum tipo de subordinação por parte dos hospitais, apenas cumpri as normas gerais da instituição, que é mais uma normativa do Estado no sentido de preconizar as diretrizes estabelecidas para maior segurança dentro da área de saúde.

O conselho de classe dos médicos o CRM, sequer permite que esses profissionais liberais recebam seus honorários via hospital, geralmente o médico mantém sua clínica em estabelecimento externo ao hospital, onde por meios desta são contabilizado toda parte administrativa. Com esses requisitos observou-se que o número de médicos que tem vínculo com os hospitais são mínimos.

Mas embora apenas os seus diretores tenham vínculos empregatícios com os nosocômios, o entendimento dos tribunais proferidos através dos votos dos seus relatores, tem sido de que o hospital responde objetivamente pelos atos desses profissionais, por estarem atuando dentro de seus estabelecimentos.

A compreensão desses órgãos é que o hospital tem o dever de fiscalizar esses profissionais, para que não cause nenhum dano aos pacientes. E quando isso não ocorre, ou não é possível, o posicionamento ainda majoritário é de que o hospital deve assumir o ônus, será imputada a responsabilidade objetiva.

Na maioria dos casos quando hospital e médico são demandados em juízo, o entendimento dos operadores do direito, e também da grande parte dos doutrinadores é de que a responsabilidade civil aplicada à instituição hospitalar é objetiva, tendo como fundamento o art.14 do CDC, e art. 927,§único do CCB, ou seja, responde independente de culpa.

Por sua vez o médico responde subjetivamente, é necessário comprovar a culpa do agente causador do dano. Se não houver, o médico não responde.

Busca-se chamar atenção para uma análise minuciosa antes da aplicação da Lei, pois a medicina não é ciência exata, o médico não pode garantir que o paciente vai ser curado.

É dever do hospital responder objetivamente apenas, quando a falha for decorrente dos seus serviços fornecido por seus prepostos. Hoje com o entendimento predominante só é possível isentar o nosocômio se ele comprovar a ocorrência de uma das excludentes normatizada no art.14, §3, CDC, que são, inexistência do defeito no serviço, e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Mas quando dano é supostamente proveniente do médico, as chances do hospital conseguir provar que não contribuiu com o dano são mínimas, porque o entendimento do judiciário é muito voltado para o direito consumerista, e quem tem o maior poder aquisitivo para indenizar o paciente é o hospital, ou seja, a garantia de proteção ao paciente esta alicerçada no poder econômico do hospital.

Para haver mudanças, nesse cenário médico hospitalar, é necessário um olhar diferente dos operadores do direito, uma atenção especial para estudo e perícia dentro do ambiente hospitalar, uma avaliação minuciosa na relação médico e paciente, para entender a forma como esse paciente adentrou ao nosocômio, e em que condições o médico prestou assistência ao paciente.

Assim, podem-se formalizar as seguintes conclusões:

- 1 Se não houver falha no serviço fornecido pelo o hospital este não responde objetivamente conforme determina o Art.14 do CDC.
- 2 Se o dano for causado exclusivamente pelo serviço médico, este por sua vez responderá subjetivamente pelos seus atos perante paciente.
- 3 Que o STJ tem analisado a responsabilidade civil dos hospitais com um olhar diferente, analisando as peculiaridades dos casos, análise essa que deveria ser copiada pelo os tribunais ordinários.
- 4 Que o hospital só responde por terceiros quando tratar-de de seus prepostos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil dos médicos* Revista Jurídica 231.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html>. Acesso em: 03 jun. 2014.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 jul. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: Obrigações e responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2.

COORDENAÇÃO E SUPERVISÃO DA EQUIPE, ATLAS. *Código de defesa do consumidor*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito brasileiro: Responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V.7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: Código civil e código de defesa do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

POLICASTRO, Décio. *Erro médico: E suas conseqüências jurídicas*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PUSCHEL PORTELLA, Flávia. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art.927, parágrafo único, do Código Civil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 22 maio 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vidal da. *Responsabilidade civil contemporânea: Em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil: Doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Manuel de direito civil*. São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v.4.